

Beviskrav og bevisbyrde

Kandidatnr: 293

Veileder: Ståle Eskeland

Leveringsfrist: 26. april 2004

Til sammen 17140 ord

26. april 2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>3</u>
1.1	PROBLEMSTILLINGEN	3
1.2	REGELGIVENDE DEFINISJONER	4
1.2.1	BEVISKRAV	4
1.2.2	BEVISBEDØMMELSEN	4
1.2.3	BEVISBYRDE	6
1.3	BRUKSMÅTE DEFINISJONER	7
1.4	REGLNES ANVENDELSESOMRÅDE	8
1.5	NÆRMERE OM FREMSTILLINGEN	9
<u>2</u>	<u>BEVISKRAVET</u>	<u>11</u>
2.1	PROBLEMSTILLINGEN	11
2.2	TIDLIGERE KRAV OM STRENGT BEVISKRAV I SIVILE SAKER	11
2.2.1	NÆRMERE OM BEGRUNNELSEN FOR ET STRENGT BEVISKRAV	12
2.2.2	OVERVEKTSPRINSIPPET INTRODUSERES	14
2.2.3	OVERVEKTSPRINSIPPET GIS GJENNOMSLAG SOM HOVEDREGEL	16
2.3	UNNTAK FRA OVERVEKTSPRINSIPPET	17
2.3.1	SÆRSKILTE LOVBESTEMMELSER	17
2.3.2	KONSEKVENSER AV URIKTIG DOM	19
2.3.3	BEVISSIKRINGSSENSYNET	21
<u>3</u>	<u>BEVISBEDØMMELSEN</u>	<u>25</u>
3.1	OVERSIKT	25
3.2	SVAKHETER VED DET ENKELTE BEVISMIDDEL	25
3.3	ABSTRAKT OG KONKRET SANNSYNLIGHET. HYPOTETISKE (ALTERNATIVE)	
HENDELSESFORLØP		26

<u>4</u>	<u>BEVISBYRDEN</u>	<u>28</u>
4.1	PROBLEMSTILLINGEN	28
4.2	BEVISBYRDETEORIER	29
4.2.1	PER AUGDAHL	29
4.2.2	SKOGHØY	34
4.2.3	ECKHOFF	38
4.3	RETTSPRAKSIS	40
4.4	LOVBESTEMMELSER	43
4.5	ER FORSKJELLENE MELLOM BEVISBYRDETEORIENE KUN AV TEORETISK INTERESSE?	44
4.6	HVILKEN BEVISBYRDETEORI ER Å FORETREKKE?	45
4.6.1	OVERSIKT	45
4.6.2	BEVISBYRDEREGLENE MULIGGJØR AVGJØRELSE, SIKRER STABILITET OG HINDRER VILKÅRLIGHET	46
4.6.3	PER AUGDAHL ELLER SKOGHØY?	47
4.6.4	BEVISKRAVSMOMENTER VERSUS BEVISBYRDEMOMENTER	49
<u>5</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>51</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>53</u>

1 Innledning

1.1 Problemstillingen

I saker som står for retten presenteres dommeren ofte for to parter med motstridende fremstillinger av hva som er sakens faktiske grunnlag. Jon saksøker for eksempel Helge, da han hevder Helge skylder ham penger (faktum A). Helge bestrider dette, og bedyrer at han aldri har lånt penger av vedkommende (faktum B). Dommerens oppgave blir således å gjøre seg opp en mening om hvem av de to som snakker sant. Kun ett hendelsesforløp kan ha funnet sted, og bare ved å legge dette til grunn blir dommen materielt korrekt.

Dersom dommeren holder det for helt sikkert at Jons fremstilling er den riktige, må han kunne bygge på det. Noe annet ville ikke bare stride mot prinsippet om fri bevisbedømmelse (se nærmere punkt 2.2), men komme på kant med alminnelig rettsoppfatning. Er det faktum som er sakens springende punkt, kan man si at den reelle rettstilstanden i så fall kommer i overensstemmelse med den underliggende rettstilstanden partene imellom. Det finner sted en materialisasjon av retten. Man går fra å *ha rett*, til å *få rett*.¹ Og hvis lovreglene i det hele tatt kan forsvares, må en slik materialisasjon anses å være et hovedmål for sivil- og straffeprosessen.²

Hva så om dommeren *ikke* er fullstendig overbevist om hvilken fremstillingen som er den riktige? Han finner kanskje det ene alternativ mer sannsynlig enn det annet, men sikker er han ikke. Eller han synes kanskje at begge fremstillingene av faktum virker like sannsynlige. Hva skal dommeren legge til grunn når han er i tvil om sakens faktiske forhold? Det er dette som er oppgavens problemstilling. I teori og praksis er problemet forsøkt løst i form av regler om nødvendig beviskrav og fordeling av bevisbyrde.

¹ Om man *får* rett allerede ved domsslutningen, vil bero på hva man legger i uttrykket, samt søksmålets art. Man *får* rett i den forstand at rettmessigheten av ens krav blir konstatert av en domstol. I en pengekravsprosess, vil man derimot bare være kommet et skritt i riktig retning. Er dommen endelig, og saksøkte ikke bøyer seg for den, kan den benyttes som tvangsgrunnlag mot saksøkte, jf tvangsfullbyrdelsesloven av 26. juni 1992 nr. 86 (tvangl.) § 7 – 1, jf § 4 – 1,2,a.

² Se nærmere punkt 2.1

1.2 Regelgivende definisjoner³

Begrepene *beviskrav*, *bevisbedømmelse* og *bevisbyrde* er sentrale begreper i denne fremstillingen. Før jeg går videre er det nødvendig å presisere hva jeg vil legge i disse begrepene, dvs min regelgivende definisjon av begrepene.

1.2.1 Beviskrav

Det kan være hensiktsmessig å operere med fem forskjellige grader av sannsynlighet: mulig, overveiende sannsynlig, godtgjort, åpenbart og sikkert.⁴ En mer detaljert skala er det neppe grunnlag for å oppstille da bevisbedømmelsen i seg selv er så lite eksakt. For tanken kan det allikevel være til hjelp å sette opp en sannsynlighetsskala:

mulig	overveiende sannsynlig ⁵	godtgjort	åpenbart	sikkert
0 % for A	51 % for A			100 % for A
100 % for B	49 % for B			0 % for B

Før dommeren kan avsi dom i eksemplet som nevnt ovenfor, må han ha klart for seg hvilken av disse gradene som må være oppfylt. Han må vite hvor stor grad av sannsynlighet som er nødvendig for å kunne legge til grunn henholdsvis faktum A eller B. I denne fremstillingen vil dette bli kalt spørsmålet om hvilket *beviskrav* som gjelder. Reglene som gjelder beviskravet vil bli behandlet under oppgavens del 2.

1.2.2 Bevisbedømmelsen

Å operere med nærmere bestemte beviskrav, bygger på en grunnleggende forutsetning om at retten ut fra visse bevismidler⁶ kan utlede mer eller mindre sikre slutninger om hva som har

³ Næss s. 42 flg.

⁴ Skoghøy s. 655 med videre henvisning til Ekelöf/Boman IV s. 140, jf s. 56. Til forskjell fra forfatterne benytter jeg *overveiende sannsynlig* i stedet for *sannsynlig*. Det er imidlertid ment som et synonym. Grunnen til at jeg velger å bruke overveiende sannsynlig, er at dette er mer i overensstemmelse med tradisjonell juridisk terminologi.

⁵ Med "overveiende sannsynlig" menes altså i denne sammenheng *mest sannsynlig* (dvs. mer enn 50% sannsynlig), forutsatt at bare to hendelsesforløp er mulige. Foreligger flere hypotetiske hendelsesforløp, kan naturligvis ett hendelsesforløp være det mest sannsynlige og samtidig ha mindre enn 50 % sannsynlighet for seg.

⁶ Bevismidler er "de kilder som retten kan bygge på ved avgjørelsen av hva som er riktig faktum", jf Skoghøy s. 540, f.eks. vitneforklaringer, fotografier e.l. En slik forståelse vil også bli lagt til grunn i denne fremstillingen.

utspilt seg i fortiden. Prosessen som skisseres kaller jeg *bevisbedømmelsen*. Når retten har gjort seg opp en mening om hvilket beviskrav som gjelder, blir neste problem som følger:⁷ er beviskravet i den foreliggende sak oppfylt? Svaret beror på utfallet av bevisbedømmelsen. Målet med bevisbedømmelsen er å finne ut av hvor stor grad av sannsynlighet de alternative fremstillingene av faktum har for seg.⁸

Eksemplet med Jon og Helge gir et ufullstendig bilde av de vanskeligheter dommeren kan bli stilt overfor under bevisbedømmelsen. Bevismidlene kan være mange og trekke i forskjellige retninger, det enkelte bevismiddel selvmotsigende eller uklart osv. Bevisbedømmelsen kan med andre ord bli ytterst komplisert. Når eksemplet likevel anvendes i det følgende, er det fordi det nettopp ikke pretenderer å gi et bilde av bevisbedømmelsens vanskeligheter. Derimot er det ment å billedliggjøre fremstillingen av reglene om beviskravet og bevisbyrden; regler som i stor grad vil medføre teoretiske og nokså vanskelige drøftelser. Et enkelt eksempel er da etter min mening kjærkomment.

At det er *retten* som er pålagt ansvaret for bevisbedømmelsen, har sin årsak i at norsk prosessordning bygger på et prinsipp om fri bevisbedømmelse. Prinsippet er nedfelt i tvistemålslovens⁹ (tvml.) § 183, som stadfester at *retten* "etter en samvittighetsfull prøvelse av hele forhandlingen og bevisførselen, [avgjør] hvilket saksforhold den skal legge til grund for dommen". Straffeprosessloven¹⁰ (strpl.) inneholder ingen tilsvarende bestemmelse, men prinsippet forutsettes som selvsagt. Den *frie* bevisbedømmelse har sitt motstykke i *legal* – eller *bundet* bevisbedømmelse. Dette kommer jeg nærmere inn på under punktene 2.2.1 og 3.

Bevisbedømmelsen faller i utgangspunktet utenfor problemstillingen i denne oppgaven.

Jeg velger derfor å avgrense mot en dypere behandling av den. En kort skissering av slutningsprosessen og de problemer den kan medføre, må det likevel gjøres plass til på grunn

Hva dommeren har adgang til å ta i betraktning er omfattende regulert i tvistemålsloven, og vil ikke bli nærmere behandlet her. Begrepet bevismiddel må ikke forveksles med at et forhold er å anse *bevist*. I at noe er å anse bevist, legger jeg at dommeren etter bevisbedømmelsen er kommet til at beviskravet er oppfylt.

⁷ At retten i praksis følger en slik fremgangsmåte slavisk, er vel tvilsomt. I en teoretisk fremstilling er det imidlertid særlig viktig for forståelsen å følge en klar logisk struktur og fremgangsmåte. Etter mitt skjønn har denne fremgangsmåten mest for seg: 1) hva er beviskravet?, 2) er beviskravet oppfylt?, 3) Forutsatt at 2) er tvilsomt – hvem skal denne tvilen gå utover (hvem har bevisbyrden)?

⁸ En liknende definisjon finnes i Bratholm/ Hov s. 287 "Ved bevisbedømmelsen skal det altså avgjøres hvor sannsynlig det er at et faktum foreligger...".

⁹ Lov av 13. august 1915 Nr. 6.

¹⁰ Lov av 22. mai 1981 Nr. 25.

av dens viktighet. Ut i fra hvordan oppgaven er lagt opp, vil det gjøre seg best å behandle dette under del 3.

1.2.3 Bevisbyrde

Som oftest vil nok dommeren etter rettsforhandlingene og bevisbedømmelsen være så overbevist om hvilken av de to motstridende versjonene av faktum som er "riktig", at han anser beviskravet for å være oppfylt. La oss tenke oss at reglene om beviskravet tilsier at dommeren i eksemplet ovenfor skal legge det som er overveiende sannsynlig til grunn. Fremstiller faktum B seg mest sannsynlig, må han frifinne Helge. Finner han derimot A overveiende sannsynlig, må han dømme Helge til å betale det skyldige.

At det mest sannsynlige skal legges til grunn løser imidlertid ikke det problem som oppstår dersom dommeren synes faktum A og faktum B virker like sannsynlige. Resultatet av bevisbedømmelsen kan i slike tilfeller sies å være negativt, og dommeren er i hva vi kan kalle *absolutt tvil*. Bevisbedømmelsen har ikke gitt dommeren tilstrekkelige holdepunkter for å legge verken faktum A eller B til grunn. Hvilket standpunkt skal han da innta? Dommeren har ikke det privilegium å kunne skyve tvister fra seg, med den begrunnelse at han ikke finner ut av dem. De regler som er oppstilt med sikte på å løse dette problemet vil jeg omtale som bevisbyrderegler.¹¹ Disse reglene vil bli omtalt nærmere i del 3.

Når bevisbyrdebegrepet forstås på denne måten, har man med hva i juridisk teori er kalt *den objektive bevisbyrde* å gjøre. Problemet er hvem dommerens absolutte tvil om hva som faktisk er hendt skal gå utover, uavhengig av hvem som fremskaffet bevismidlene. Den objektive bevisbyrde er noe helt annet, og må således holdes ut fra *den subjektive bevisbyrde* (den falske bevisbyrde, bevisføringsbyrden). Den subjektive bevisbyrde er i følge teorien ment å beskrive at den ene eller den annen part på et gitt tidspunkt under sakens gang har en bevisføringsplikt – en plikt man må oppfylle for ikke å tape saken. Den subjektive bevisbyrde gir altså ikke uttrykk for mer enn i hvilken retning den faktiske bevisbedømmelsen går under sakens gang. Fremskaffer Jon en skriftlig avtale for lånet, påligger den subjektive bevisbyrden Helge. Klarer derimot sistnevnte å fremlegge en kvittering, flytter bevisføringsplikten seg til Jon. Den subjektive bevisbyrden kan således gå frem og tilbake mellom partene under sakens

¹¹ Bevisbyrdereglene gis således en snevrere rolle her enn i visse andre fremstillinger, se bla. Hov 1999 I, kap. 10 X.

gang. Den objektive bevisbyrde er derimot konstant, og spørsmålet om hvem den påligger kan ikke avgjøres før alle bevismidler er kommet til rettens kjennskap. Begrepsbruken synes imidlertid å ha tilslørt mer enn den har oppklart og teoretikere har med jevne mellomrom anklaget hverandre for misforståelser,¹² noe som etter mitt skjønn er forståelig tatt i betraktning begrepenes nære sammenheng. I denne oppgaven er det den objektive bevisbyrde som er gjenstand for behandling.

Der beviskravet er et annet enn at *det som er overveiende sannsynlig skal legges til grunn*, vil bevisbyrdereglene ikke komme til anvendelse. Dersom beviskravet for faktum A er 75 %, vil jo saksutfallet gå i Helges favør dersom de to alternativene synes like sannsynlige. Et interessant spørsmål er hvordan dommeren skal gå frem dersom han finner det like sannsynlig at beviskravet på 75 % er oppfylt, som at det ikke er det. Kan de regler som styrer fordelingen av bevisbyrden også komme inn her? Problemet er ikke nærmere behandlet i noen av de fremstillingene jeg har kommet over. Av plasshensyn må jeg begrense meg til bare å skissere problemstillingen.

1.3 Bruksmåte definisjoner¹³

I punkt 1.2 har jeg definert hva *jeg* vil legge i begrepene beviskrav, bevisbedømmelse og bevisbyrde. I teori og praksis varierer imidlertid synet på hva reglene om beviskrav og bevisbyrde går ut på, samtidig som terminologien ikke er konsekvent. En beskrivelse av hvordan andre definerer begreper, kaller jeg med Arne Næss *bruksmåte definisjoner*.

Når man leser nyere fremstillinger av beviskravs – og bevisbyrdeproblematikken i juridisk teori, kan man fort bli sittende igjen med inntrykket av at det for hver fremstilling lanseres et nytt begrep som påstas å være mer dekkende enn de tidligere. Eckhoff presenterte sitt begrep *tvilsrisiko* i 1943. Hans regelgivende definisjon av uttrykket, kan kort og upresist sies å omfatte *både* det jeg legger i beviskrav og bevisbyrde. Han slo med andre ord sammen de to regelsettene til ett. Inntil da hadde *bevisbyrde*¹⁴, med det meningsinnhold *jeg* tillegger det,

¹² Eckhoff s. 20, som viser til at Odin Augdahl i Rt. 1932 s. 801 flg. beskylder Skeie for å blande begrepene sammen, mens Scheel (Scheel s. 17 flg) beskylder Odin Augdahl for det samme.

¹³ Næss s. 42.

¹⁴ Uttrykket stammer antakeligvis fra det tyske *Beweislast*, se Michelsen s. 220. Tysk rett ser forøvrig ut til å legge det samme i uttrykket, som jeg gjør i denne oppgaven, jf Michelsen s. 218 med henvisning til O. Jauernig, *Zivilprozessrecht*, 24. utg. s. 184 "Die objektive Beweislast gibt Auskunft darüber, zu Lasten welcher Partei es geht, dass eine entscheidungserhebliche Tatsache unbewiesen bleibt, *welche Partei also das Risiko der Beweislosigkeit trägt*" (min utheving).

lenge vært rådende. I 1973 mente Hov at *bevisbyrde* var så innarbeidet at han fant det best ikke å fravike det, men benytte det side om side med *tvilsrisiko*, med samme meningsinnhold som Eckhoff la i sistnevnte begrep.¹⁵ I 1991¹⁶ lanserte han allikevel *beviskrav*, som han mente beskrev det Eckhoff la i *tvilsrisiko* bedre. Skoghøy benytter i sin bok begrepene *bevisbyrde* og *tvilsrisiko* om hverandre.¹⁷ Men i motsetning til Hov, tillegger han begrepene mer eller mindre samme innhold som jeg legger i *bevisbyrde*. Imidlertid synes han å benytte *bevisbyrde* i samme betydning som Hov, som førstvoterende i Rt. 2000 s. 59 (side 66). Her skriver Skoghøy at det for to vilkår må foreligge klar eller sterk sannsynlighet. I neste setning følger han opp med "I vår sak har forsikringsselskapet på langt nær oppfylt denne bevisbyrden".

Problemet med at forskjellige begreper brukes om samme fenomen, eller at samme begrep brukes om forskjellige fenomener er innlysende: Det virker forvirrende. Og i såpass "teoretiske" fremstillinger, slik fremstillinger av beviskravs- og bevisbyrdereglene er, er det særlig viktig med konsekvent begrepsbruk. Jeg presiserer derfor at jeg vil benytte mine regelgivende definisjoner når jeg behandler andre juridiske tekster om beviskravs- og bevisbyrdereglene, så fremt annet ikke uttrykkelig fremgår. De enkelte forfatternes begrepsbruk vil allikevel gjøres rede for.

1.4 Reglenes anvendelsesområde

Ovenfor er det tatt utgangspunkt i en sak som står for retten. Dette er i overensstemmelse med hvordan reglene om beviskrav og bevisbyrde generelt er behandlet i juridisk teori. Dette betyr imidlertid ikke at reglene er irrelevante utenfor prosessen. Tvert i mot vil de ha betydning i enhver rettsanvendelse hvor det er tvil om faktum.

Når man skal forutberegne sin egen eller andres rettsstilling (f. eks. i rollen som advokat), blir oppmerksomheten gjerne konsentrert rundt hvilke regler som kommer til anvendelse og hvordan disse er å forstå. Faktum tas gjerne forgitt. Man "vet" jo hvordan faktum forholder seg. At en selv *vet* dette, tilsier imidlertid ikke at det er juridisk holdbart å legge det til grunn. For å være viss på sine rettigheter og forpliktelser, må man derfor alltid ha en hypotetisk rettssak i tankene, og følge de regler rettspraksis anvender når faktum er uklart. I denne

¹⁵ Bratholm/ Hov s. 287.

¹⁶ Første utgave av Hov 1997.

¹⁷ Skoghøy s. 658. 2. utgave av boken har vært utlånt fra biblioteket hele oppgaveperioden. Det Skoghøy skriver av interesse for denne oppgaven, er uansett tilsvarende i begge utgaver av boken.

fremstillingen begrenser jeg likevel eksemplene til rettssalen, da det gjerne er her spørsmålet vil bli satt på spissen og avgjort i siste instans.

1.5 Nærmere om fremstillingen

Når man skal ta standpunkt til et rettsspørsmål, er man henvist til å følge gjeldende juridisk metode.¹⁸ Fremstillingen vil imidlertid avvike noe fra denne fremgangsmåten. Grunnen til dette er at formålet mitt med denne oppgaven ikke er å komme raskest mulig frem til hva som er, eller bør være, gjeldende rett. På veien ønsker jeg derimot å belyse de forskjellige synspunkter som er fremmet i teori og praksis. Dette krever at juridisk teori vies større oppmerksomhet enn det som følger av vanlig rettskildelære.¹⁹ Mitt håp er at leseren på denne måten vil sitte igjen med bredere kunnskap om beviskravs- og bevisbyrdereglene.

Gjennom historien har beviskravs – og bevisbyrdereglene vært gjenstand for atskillig diskusjon og blitt tildelt betydelig plass i juridisk litteratur. Det har ikke bare vært delte meninger om reglenes innhold, men også om reglenes grunnlag og anvendelsesområde, ja selve eksistensberettigelse. I fremstillingen som følger vil det føre for vidt å behandle alle disse meningsforskjeller inngående. Jeg vil konsentrere meg om de teoriene som synes å ha størst gehør blant dagens norske teoretikere, og forsøke å gjøre rede for forskjellene dem i mellom, samt hvilken teori *jeg* mener har mest for seg.²⁰ Visse historiske tråder vil imidlertid bli trukket, for forståelsens skyld.

Ovenfor opererer jeg med et klart skille mellom reglene om beviskrav og reglene om bevisbyrde. Hvor dette skillet går er det ikke alminnelig enighet om.²¹ Hva en anser for å inngå i det ene regelsettet vil derfor i stor grad bero på hva man legger i det andre. Del 2 og del 4 i oppgaven henger derfor tett sammen. Jeg tror imidlertid det er pedagogisk mest fordelaktig å opprettholde skillet som utgangspunkt for denne fremstillingen. På den måten vil forhåpentligvis forskjellene og likhetene mellom de forskjellige betraktningene lettere komme til syne, og således bli enklere å forstå.

¹⁸ Eckhoff/Helgesen s. 15 flg.

¹⁹ Eckhoff/Helgesen s. 270.

²⁰ En stor del av fremstillingen vil derfor være i form av *de lege ferenda*. Dette vil fremgå av sammenhengen.

²¹ Enkelte forfattere mener til og med at man ikke kan eller bør anlegge et slikt skille. Dette kommer jeg tilbake til.

Problemstillingen knytter seg som nevnt til regler om hva som skal legges til grunn ved tvil om sakens *faktiske* grunnlag. Tvil om hvilke rettsregler som skal anvendes på det faktum dommeren til slutt faller ned på (subsumsjonstvil), faller derfor utenfor og vil ikke bli nærmere omtalt.

Denne fremstillingen har videre sivilprosessens område i fokus. Jeg avgrenser derfor mot straffeprosess. I visse henseender vil imidlertid straffeprosessuelle synspunkter og eksempler bli trukket inn, da de kan utgjøre nyttige bidrag til forståelsen.

2 Beviskravet

2.1 Problemstillingen

Problemstillingen i denne delen er hvilket beviskrav som gjelder i sivile saker. Et overordnet mål må være å oppstille et beviskrav som for det store antall tilfeller gir den beste garanti for at avgjørelsene blir riktige. Med "riktige" mener jeg i denne sammenheng det resultat retten ville ha kommet til dersom alle sakens faktiske omstendigheter var fullt opplyst. I en konkret sak kan det imidlertid foreligge hensyn som tilsier at dette utgangspunktet bør fravikes. Dette kommer særlig klart frem i straffesaker. Straff er per definisjon et onde.²² Det er derfor sentralt ikke å påføre uskyldige et slikt onde. Dette hensynet må til en viss grad slå igjennom overfor ønsket om riktig dom. Populært sies det at det er bedre at ti skyldige går fri, enn at én uskyldig dømmes. I strafferetten gjelder det derfor et meget strengt beviskrav for at alle straffbarhetsbetingelser er til stede. Slik sørger man for at all rimelig tvil går i tiltaltes favør. Ved idømmelse av straff vil det med andre ord foreligge meget liten tvil rundt tiltaltes straffeskyld. Som vi skal se nedenfor, kan tilsvarende synspunkter komme inn i sivile saker.

2.2 Tidligere krav om strengt beviskrav i sivile saker

Inntil de siste 60 årene var det nær allmenn enighet om at beviskravet var strengt også i sivilprosessen. Som Scheel uttrykker det på s. 15: "Om kravene til bevisets styrke kan vanskelig sies mer i almindelighet enn, at der, når ikke særlige grunner taler for noget annet, må forlanges adskillig mer enn overveiende sannsynlighet." I samme retning går Odin Augdahl: "Hvad der for dommeren fremstiller sig som sikkert, dét skal han fastslå. En 'absolutt' visshet er selvsagt ikke nødvendig; der er her som ellers i livet kun 'Spørgsmaal om en *'historisk Vished'*, hvorved forstaaes en saa stor Sandsynlighed, at man praktisk kan gaa ud derfra som sikkert'."²³

²² "Straff er et onde staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertrædelsen i den hensikt at han skal føle det som et onde", jf Rt. 1977 s. 1207 (s. 1209).

²³ O. Augdahl s. 10, med henvisning til Munch – Petersen, Den Danske Retspleje I, 1923, s. 182.

2.2.1 Nærmere om begrunnelsen for et strengt beviskrav

For å forstå bakgrunnen til dette strenge beviskravet kan det være et poeng å se hen til rettstilstanden før disse forfatterens tid. Et stykke inn på 1800 - tallet var prinsippet om legal bevisbedømmelse fortsatt herskende. Bakgrunnen for denne læren var at man ikke våget å la dommerens subjektive overbevisning være avgjørende for hva som skulle legges til grunn for en dom. Dette skyldtes først og fremst mistillit til dommernes skjønn og vurderingsevne.²⁴ Det ble derfor oppstilt regler for hva som skulle godkjennes som bevis, samt hvilken vekt de forskjellige bevisene skulle ha.

Til en viss grad kan man si at en antydningen til denne mistilliten ble hengende igjen også etter innføringen av prinsippet om den frie bevisbedømmelse, nemlig ved opprettholdelsen av et strengt beviskrav. Det kan være grunn til å presisere at dette strenge beviskravet ikke var ment å pålegge en særskilt part, dvs enten saksøker eller saksøkte. Derimot var spørsmålet om bevismaterialet *i sin helhet* var godt nok til å overbevise dommeren i tilstrekkelig grad om hva som faktisk hadde skjedd. Holdt dommeren saksøkerens fremstilling som opp i mot sikker, skulle han legge denne til grunn. Fremstod derimot saksøkerens fremstilling som ikke så sikker, var ikke det ensbetydende med at han skulle bygge på saksøktes versjon. Var bevismaterialet ikke godt nok, måtte dommeren ty til bevisbyrdereglene, og la disse bestemme hvem uklarheten skulle gå utover. Uten å gå for mye inn på bevisbyrdereglene allerede her, kan det kort og upresist sies at de var ment å sørge for et rettferdig resultat basert på presumsjoner om hvilke faktiske hendelsesforløp som etter *livets alminnelige regel* hadde størst sannsynlighet for seg (generelle sannsynlighetsslutninger).²⁵ Mer "objektive" regler gikk således foran dommerens skjønnsmessige vurdering av hva som ville gi riktig resultat.²⁶

Også Odin Augdahl mente at " man måtte strebe efter den ordning der skaffer *det størst mulig antall prosesser* den riktige løsning".²⁷ Dommerens rent subjektive overbevisning av hva som var mest sannsynlig, var imidlertid ikke veien å gå:

²⁴ Scheel s. 10. Det er dog ikke gitt at mistillit alene var grunnen. Forestillinger om at slike objektive bevisregler ville gi høyere grad av sikkerhet i rettspleien, kan også ha vært en faktor, jf Eckhoff, R & R s, 172

²⁵ Slik iallfall Odin Augdahl s. 60. Se også Per Augdahl i TfR 1942 s. 216. Begge forfattere legger i hovedsak det samme i "bevisbyrde" som jeg.

²⁶ Per Augdahl s. 102, note 1).

²⁷ Odin Augdahl s. 60.

En beviskravsregel som fastslår at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn, ville for det første innebære en fristelse for folk til å anlegge uberettigede søksmål. Dersom det er vanskelig å klarlegge faktum helt ut, vil jo saksøker ifølge en slik regel ha gode sjanser for å få medhold, selv i et krav som er uberettiget. Fristelsen vil derimot dempes dersom dommeren ved slik uklarhet tar i bruk bevisbyrderegler. Dette fordi de i utgangspunktet ble ansett å gå i *saksøktes* favør. Den som fremsetter et krav vil som oftest ha både anledning og oppfordring til å sikre seg bevis for de faktiske forhold som anføres.²⁸ Har man latt sådan anledning og oppfordring gått til spille, synes det ikke så urettferdig at eventuell uklarhet går i dennes disfavør.

Av større betydning var det nok allikevel at et krav om simpel sannsynlighetsovervekt ble ansett å ville føre til usikkerhet og vilkårlighet. Synspunktet var dette: jo lavere grad av sannsynlighet som kreves, dess lettere vil det forekomme subjektiv uenighet om hvorvidt sannsynlighetsovervekten foreligger. Dette vil igjen føre til ujevn rettsanvendelse dommere imellom. Og når så meget tvil rundt faktum i saken foreligger, ville dessuten utfallet i den enkelte sak i større eller mindre grad måtte bero på rene gjetninger. Odin Augdahl trekker i sin bok en interessant parallell til dommerens forhold til den materielle rett.²⁹ I den konkrete sak vil bare den enkelte dommer være i stand til å se hva som vil utgjøre det rimeligste resultat for alle parter. Og ble en dyktig dommer fristilt fra all lovgivning, ville han sikkert ofte kommet frem til utmerkede løsninger. Å la saksutfallet alene bero på dommerens skjønn, er imidlertid en uønsket ordning. Den ville nemlig medført betydelig usikkerhet og vilkårlighet. Mulighetene til å forutberegne sin rettsstilling ville bli svekket. Konkret billighet må derfor nås på andre måter.

Bare å oppstille et strengt beviskrav synes imidlertid som et ufullstendig middel for å nå konkret billighet i størst antall saker. Det var da heller ikke meningen. Som presisert ovenfor var det her bevisbyrdereglene kom supplerende inn og sørget for sikkerhet og rettferdighet. Disse kommer jeg som sagt tilbake til under del 4.

²⁸ Scheel s. 15 med videre henvisninger.

²⁹ Odin Augdahl s. 61.

2.2.2 Overvektsprinsippet introduseres

Argumentene for et strengt beviskrav kan virke velfunderte. Som nevnt innledningsvis i 2.2.1 synes de å springe ut av en viss skepsis til dommerstanden, eller kanskje mer presist, skepsis til et for stort innslag av subjektivitet i dommerrollen. Odin Augdahl forkastet derfor ideen om simpel sannsynlighetsovervekt som generelt beviskrav. Av dette følger at et svakere beviskrav allerede hadde blitt vurdert på den tid Augdahls bok ble utgitt. Det er likevel Torstein Eckhoff som er blitt tildelt æren for læren om simpel sannsynlighetsovervekt som generelt beviskrav i sivilprosessen; også kalt overvektsprinsippet.³⁰

Overvektsprinsippet går kort og godt ut på at dommeren skal legge til grunn det faktum som fremstiller seg som mest sannsynlig, så fremt særskilte hensyn ikke skulle tale for noe annet. Begrunnelsen Eckhoff gir for regelen er da også slående enkel: "Under ellers like vilkår,³¹ vil en oftest treffe det rette, ved alltid å legge til grunn den oppfatning av faktum som er mest sannsynlig", jf s. 64. En slik regel vil gi best mulighet for riktig resultat i den konkrete saken. I følge de store talls lov, vil overvektsprinsippet sørge for at det fattes flere riktige enn uriktige avgjørelser.

Etter mitt skjønn virker den begrensning av dommerens kompetanse som tidligere juridisk teori forfektet lite naturlig. Som Eckhoff anførte, vil uenighet dommere imellom, melde seg like raskt om hvorvidt et strengt beviskrav er oppfylt, som uenighet om hva som er mest sannsynlig.³² I begge tilfellene er det spørsmål om en viss sannsynlighetsgrad faktisk er oppnådd eller ikke.

At et hovedmål med prosessen er å realisere den materielle retten, er det som nevnt enighet om.³³ For å belyse at overvektsprinsippet nok er den regel som best muliggjør dette, tar jeg igjen for meg eksemplet som nevnt ovenfor.

I henhold til tidligere teori kunne dommeren, ut fra sin subjektive overbevisning, bare legge faktum A (eller for så vidt B) til grunn dersom han var opp i mot sikker på at dette var det

³⁰ Se Hov 1997 s. 436, Skoghøy s. 656. Per Augdahl var også tidlig ute, se TfR 1942 s. 215 flg.

³¹ "Under ellers like vilkår", var ment som en forutsetning om at bevismaterialet blir like godt enten beviskravet er høyt eller lavt, eller uavhengig av hvordan bevisbyrden fordeles.

³² Eckhoff s. 66-67.

³³ Om dette er det *eneste* mål, er det derimot ikke enighet om.

riktige. A var som vi husker at Helge skyldte Jon penger. Og dersom ingen andre bevismidler enn partenes forklaringer foreligger, skal det nok mye til før dommeren føler seg overbevist om noe som helst. Men partsforklaringer kan være av stor kvalitetsforskjell. Jons forklaring er kanskje mer ufullstendig, selvmotsigende eller "fantasifull" enn Helges. Han klarer for eksempel ikke å redegjøre på en overbevisende måte for hvor han var i det tidsrommet avtalen påstas inngått eller lignende. Etter dette kan dommeren sitte igjen med følelsen av at A er meget mer sannsynlig enn B, men *sikker* er han ikke.

Overvektsprinsippet gir i et slikt tilfelle dommeren muligheten til å legge A til grunn til tross for tvilen. Etter tidligere lære måtte han derimot se hen til bevisbyrdereglene. I pengekravssaker som denne, ville presumsjonen³⁴ være for at den som ikke har et skriftlig grunnlag for sitt pengekrav å vise til, heller ikke har noe krav,³⁵ i den betydning at byrden for utilstrekkelig bevismessig grunnlag ble lagt på denne. Dommeren ble således tvunget til å legge til grunn det minst sannsynlige saksforholdet. Med Per Augdahl kan man si at dette er "ensbetydende med å redusere chancene for et riktig resultat til mindre enn 50 pst."³⁶

Til overvektsprinsippet's forsvar kan også hevdes at det på et vis er den praktisk sett mest fornuftige angrepsmåten. Bevisbedømmelsen vil uansett være preget av et stort omfang av konkret skjønn fra dommerens side så lenge den er "fri". Det er opp til ham å vurdere hva som kan sluttes ut fra det enkelte bevismiddel, samt hvilken vekt det skal ha i det totale bevisbildet. Som Eckhoff nevner er dessuten avgjørelsen rundt tvilsomme rettsspørsmål dommerens alene.³⁷ Når tiltroen til domstolene så langt er uomtvistet, synes det for meg unaturlig ikke også å la retten få legge det mest sannsynlige faktum til grunn.

Til sist vil jeg bare lufte mitt inntrykk av at konkret rimelighet vektlegges mer i dag enn tidligere i norsk rett. Overvektsprinsippet kan sies å gå hånd i hånd med denne utviklingen i, da prinsippet som sagt tillater (evt. pålegger) dommeren i hvert konkret tilfelle å legge til grunn det han mener er mest sannsynlig.

³⁴ Slik iallfall Odin Augdahl s. 60. Se også Per Augdahl i TfR 1942 s. 216. At bevisbyrdereglene hadde sitt grunnlag i presumsjoner var imidlertid omdiskutert. Derimot ville nok de fleste mene at bevisbyrdereglene ville beskytte saksøkte i et tilfelle som dette.

³⁵ Odin Augdahl s. 85 flg.

³⁶ Per Augdahl s. 101.

³⁷ Se Eckhoff s. 65.

2.2.3 Overvektsprinsippet gis gjennomslag som hovedregel

Mange teoretikere hevdet lenge at et strengt beviskrav hadde de beste grunner for seg, og at kravet var gjeldende norsk rett. Men av andre ble det antydnet at domstolene selv la det mest sannsynlige til grunn.³⁸ Og for å finne ut av rettstilstanden er det da også naturlig å se hen til rettspraksis. Det er imidlertid sjelden man i domsreferater finner klare utsagn om hvilken sannsynlighetsovervekt som i den konkrete dom ble ansett nødvendig. I tvml. § 144, som bestemmer hva en dom skal inneholde, er det heller ikke noe krav om dette. Bestemmelsens første ledd nr. 4 slår bare fast at retten "bestemt og uttømmende [må] angi det *saksforhold*, som retten bygger sin avgjørelse paa" (min utheving). Hvilket beviskrav som ble ansett nødvendig, og hvor stor sannsynlighet som forelå for det konkrete saksforhold retten bygger på, trenger altså ikke gjøres rede for i dommen.

Det er allikevel vanlig å ta den såkalte P – pilledom I (Rt. 1974 s. 1160) til inntekt for et begynnende veiskille i hovedregelen om beviskravet. Saken gjaldt spørsmålet om bruk av p – piller hadde forårsaket en kvinnes død. Førstvoterende uttalte at det må kreves en *rimelig sannsynlighet* for at kvinnens død var forårsaket av bruken av p – piller, jf s. 1166. Det kan diskuteres hva retten her la i uttrykket "rimelig sannsynlighet". At det i dette ikke ligger et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt som grenser til visshet, må imidlertid være klart. Men hvor langt ned mot 51 % graden er et faktum fortsatt "rimelig sannsynlig"?

I P – pilledom II (Rt. 1992 s. 64, s. 70) kom nådestøtet: "Høyesterett har i saken i Rt. 1974 s. 1160 antatt at produsenten ikke kan pålegges erstatningsansvar med mindre det kan sies å være en "rimelig sannsynlighetsovervekt for at skaden er forårsaket ved bruken av p – piller. Dette vil etter min mening, her som ellers i erstatningsretten, innebære at det må være *mer sannsynlig* at bruken av p – piller har vært nødvendig årsak til trombosen enn at den ikke har vært det" (min utheving).

P – pilledom II er i juridisk teori oppfattet som et endelig gjennomslag for overvektsprinsippet, ikke bare i erstatningsretten spesielt, men i sivile saker generelt.³⁹ Dette

³⁸ Se Per Augdahl s. 102.

³⁹ Se Hov 1999 I s.265, Michelsen s. 214, Skoghøy s. 656.

underbygges også av en rekke høyesterettsdommer, som mer eller mindre klart slår fast at prinsippet er gjeldende hovedregel i norsk rett.⁴⁰

2.3 Unntak fra overvektsprinsippet

Overvektsprinsippet tar utgangspunkt i at to presumtivt like beskyttelsesverdige interesser står mot hverandre. Når man står overfor valget mellom to slike, synes det naturlig å bygge på det mest sannsynlige faktum. Det kan være knyttet stor tvil til avgjørelsen, men prinsippet sørger iallfall for at det faktum som er *minst* tvilsomt blir lagt til grunn. Men i noen saker kan interesser stå mot hverandre som tilsier at en slik feilmargin ikke er akseptabel. I tillegg til å sørge for at *antall* uriktige avgjørelser reduseres, må man ha i mente det omfang skadevirkningene av en uriktig avgjørelse kan ha i den konkrete saken.⁴¹ I så fall kan det bli spørsmål om å fravike overvektsprinsippet. Det er dette som skal gjøres rede for i det følgende.

Det må presiseres at slike unntak ikke medfører det samme som en innføring av et slikt *generelt* strengt beviskrav som gjaldt tidligere.⁴² Derimot medfører unntakene at én av partene i en sak pålegges et strengt beviskrav for *sin fremstilling av faktum*, med den naturlige følge at den andre partens beviskrav svekkes.

2.3.1 Særskilte lovbestemmelser

I visse tilfeller gir lovbestemmelser svar på hvilket beviskrav som gjelder. I juridisk teori er det lite uenighet om dette. Emnet er dessuten godt behandlet av både Skoghøy (s. 661 – 664) og Hov (1999 I s. 270 – 271). Jeg vil derfor ikke ofre stor plass på det her.

For lettere å se hvor vi befinner oss på sannsynlighetsskalaen, oppstiller jeg igjen tabellen fra punkt 1.1.1:

mulig	overveiende sannsynlig	godtgjort åpenbart sikkert
0 % for A	51 % for A	100 % for A
100 % for B	49 % for B	0 % for B

⁴⁰ Se f.eks. Rt. 1955 s. 919, Rt. 1961 s. 973, Rt. 1974 s. 1160 (P-pilledom I), Rt. 1975 s. 82, Rt. 1976 s. 239, Rt. 1979 s. 1224, Rt. 1980 s. 1299, Rt. 1985 s. 362, Rt. 1991 s. 697, Rt. 1997 s. 1 og Rt. 1997 s. 1608, jf Skoghøy s. 656.

⁴¹ Hov 1997 s. 437.

Hvilken sannsynlighetsgrad som lovregelen oppstiller, vil bero på tolkning av vedkommende bestemmelse. Utgangspunktet er hva man ut i fra en naturlig forståelse av bestemmelsen kan legge i den, men dette er heller ikke mer enn et utgangspunkt. Ordlyden må holdes opp mot de andre relevante rettskildefaktorene som måtte foreligge, f. eks. bestemmelsens formål (som ofte er gjort rede for i lovens forarbeider), rettspraksis, juridisk teori osv. Man må ta høyde for at lovgiver ikke alltid har veiet hvert ord på gullvekt.⁴³

Eksempler på lovbestemte beviskrav som tilsynelatende grenser opp mot 100% sannsynlighet, har vi i gjeldsbrevsloven⁴⁴(gbl.) § 2,3 ("visst"), dekningslovens⁴⁵(deknl.) § 5-2,2 ("utvilsomt"), arveloven⁴⁶(al.) § 57,2 annet punkt ("tvillaust"), tvangsfullbyrdsloven⁴⁷(tvangl.) § 13-2,3 litra d ("åpenbart"), tvml. § 122,2 ("åpenbart").

Lovbestemmelser som gir uttrykk for et noe mindre strengt beviskrav finner vi i avtalelovens⁴⁸(avtl.) § 30,2, kjøpslovens⁴⁹(kjl.)§ 27, al. § 38. Her er beviskravet at det gitte faktum må "godtgjøres".

Når loven oppstiller krav om at noe "maa antages"(avtl. § 33), være "truleg" (al. § 57,2 første punkt), eller bli "sannsynliggjort" (tvangl. § 7-13,3) eller lignende, taler ordlyden for at vi har med "overveiende sannsynlighet" å gjøre.

Noen steder sier loven at en part har "bevisbyrden" for dette eller hint. Ut i fra den terminologien som benyttes i denne oppgaven, skulle ikke dette ha noe å gjøre i et avsnitt om unntak fra overvektsprinsippet. Bevisbyrde er jo noe annet enn beviskrav. Som nevnt innledningsvis hersker det imidlertid uenighet om dette. Hov mener for eksempel at når loven slik slår fast at en av partene har "bevisbyrden", er dette å sammenligne med om det hadde stått "må godtgjøre".⁵⁰ Loven anses altså å oppstille et unntak fra overvektsprinsippet. Skoghøy mener derimot at slik bevisbyrdebegrepet er benyttet i sjøloven § 285,2

⁴² Se punkt 2.2.1.

⁴³ Hov 1997 s. 434.

⁴⁴ Lov av 17. februar 1939 Nr. 1.

⁴⁵ Lov av 8. juni 1984 Nr. 59.

⁴⁶ Lov av 3. mars 1972 Nr. 5.

⁴⁷ Lov av 26. juni 1992 Nr. 86

⁴⁸ Lov av 31. mai 1918 Nr. 4.

⁴⁹ Lov av 13. mai 1988 Nr. 27.

⁵⁰ Hov 1999 I s. 270.

("Transportøren har bevisbyrden...") og § 421 ("Den som krever erstatning, har bevisbyrden..."), må det forstås på den måten jeg legger til grunn i denne oppgaven.⁵¹

Man kan imidlertid ikke en gang for alle slå fast hva begrepet "bevisbyrde" skal bety i alle lovens sammenhenger. Jeg presiserer igjen at svaret må bero på en tolkning av vedkommende bestemmelse, holdt opp mot eventuelle andre relevante rettskildefaktorer.

2.3.2 Konsekvenser av uriktig dom

Som nevnt under punkt 2.1 er beviskravet strengt til fordel for tiltalte i straffesaker.

Bakgrunnen er først og fremst at en uriktig domfellelse vil være så meget verre enn en uriktig frifinnelse. Et slikt synspunkt kan også gjøres gjeldende i visse sivile saker. Dersom man holder partenes interesser opp mot hverandre, kan uriktig dom i én retning, utgjøre et mye større onde enn uriktig dom i motsatte retning. Dette har ført til at domstolene har forhøyet beviskravet for den parten som vil ta et uriktig utfall "lettest", selv om ingen konkret lovtekst gir hjemmel for det. Den annen parts fremstilling kan således komme til å bli lagt til grunn, selv om den bare er mulig, og ikke overveiende sannsynlig, jf. tabellen under punkt 1.2.1.

En illustrerende dom i denne forbindelse er Rt. 1939 s. 365. Problemstillingen var om en mor hadde avgitt bindende samtykke til adopsjon eller ikke. Høyesterett anførte at "en må ikke se bort fra at morskjenslen er en av de sterkeste og mest opprinnelige menneskelige følelser. Rettsordenens forutsetning for å godkjenne en avtale som river over båndet mellom mor og barn, må derfor være at det er *full sikkerhet* for at den er bygget på morens rolige og modne overlegg og med full oversikt fra hennes side over alle rettsfølgene" (min uthevning). Høyesterett krever altså så godt som 100% sannsynlighet ("full sikkerhet") for at samtykket var en bindende disposisjon, på grunn av den følge separasjonen ville ha for moren. Overvektsprinsippet fravikes som vi ser til morens fordel.⁵²

Et eksempel i samme gate, som er en gjenganger i teorien, er ektefellen som går til sak mot kona om farskapet til hennes nyfødte barn.⁵³ Mannen hevder ikke å være far til barnet. I teorien er det ansett å være et meget større onde for barnet å være et "horebarn" (som Per

⁵¹ Skoghøy s. 664.

⁵² Beviskravet ble ikke ansett oppfylt.

⁵³ Eksemplet har muligens gått ut på dato, både moralsk og rettsmedisinsk...

Augdahl uttrykker det) enn det for mannen vil være å bli stående som barnets far.⁵⁴ Dessuten vil moren stå i fare for å bli stemplet. Beviskravet må derfor forhøyes til konas (og barnets) fordel.

I flere høyesterettsdommer er det videre lagt til grunn at det må kreves *klar sannsynlighetsovervekt* for at et erstatningsbetingende forhold, som man i straffesak er frifunnet for, foreligger, jf. Rt. 1990 s. 688 (utbetaling av forsikring), Rt. 1996 s. 667, Rt. 1996 s. 864 (oppreisning). Hensiktsmessigheten med å fravike overvektsprinsippet i slike tilfeller, kan etter mitt syn diskuteres.⁵⁵

Begrunnelsen for å oppstille et strengt beviskrav i saker som dette, er hensynet til saksøkte (frifunnede). Som det anføres i Rt. 1990 s. 688: "For det første bør det i alminnelighet kreves solide bevis for å legge til grunn at en part har gjort seg skyldig i straffbart eller sterkt klanderverdig forhold." At det må kreves "solide bevis", må tolkes dit hen at beviskravet må være strengere enn normalt.

Som Hov påpeker har det høye beviskravet i straffesaker sin begrunnelse i at siktede risikerer reaksjonen *straff*.⁵⁶ Påstanden som fremsettes i dommen, anføres derfor å være lite treffende, da saksøkte jo ikke risikerer straff i sivile saker. "Skal en likevel opprettholde et høyt beviskrav, må det være fordi en dom som gir uttrykk for at det er begått et straffbart forhold, *likevel* – altså selv om selve straffereaksjonen uteblir – innebærer en sosial belastning for den som anses for å ha begått den straffbare handlingen".⁵⁷

Jeg synes synspunktet til Hov har mye for seg. Men etter min mening fullfører han ikke resonnementet. Det jeg ønsker å problematisere i denne forbindelse, og som jeg ikke kan se har vært diskutert andre steder, er følgende: til saksøktes fordel kreves det i etterfølgende erstatningssaker/oppreisningssaker som nevnt, et strengt beviskrav. Dess grovere forhold

⁵⁴ Per Augdahl s. 97.

⁵⁵ Om oppreisningskravet fremmes som del i straffesaken, eller om oppreisningskravet fremmes i etterfølgende sivil sak, kan jeg ikke se har noen betydning for beviskravet. Poenget er at man for å idømme erstatning eller oppreisning, må bygge på at saksøkte har gjort seg skyldig i en straffbar handling. Om det sivile kravet er erstatning eller oppreisning, bør neppe ha noen betydning.

⁵⁶ Hov 1999 I s. 267.

⁵⁷ Hov 1999 I s. 267.

vedkommende ble frifunnet for, dess høyere beviskrav gjelder i erstatningssaken.⁵⁸ Dette virker for så vidt naturlig. Det paradoksale er imidlertid at jo høyere beviskrav som stilles i erstatningssaken, jo større tvil vil bli kastet over frifinnelsen *dersom* saksøkte idømmes erstatning. Jo alvorligere tiltale, dess større sannsynlighet for "at han gjorde det", dess større sosial belastning.

Tatt dette i betraktning,⁵⁹ kunne man spørre seg om ikke overvektsprinsippet tross alt ville være å foretrekke også i saker som dette. På den annen side må hensynet til å hindre vilkårlighet rundt saksutfallet (vha. et strengt beviskrav) tillegges større vekt enn faren for eventuell sosial belastning ved idømmelse av erstatning. *Faren* for sosial fordømmelse vil da også minske proporsjonalt med at beviskravet øker. Ved et strengt beviskrav til saksøktes fordel, må jo faktum være temmelig klart før idømmelse av erstatning/oppreisning kan finne sted. Jo høyere beviskravet settes, dess statistisk oftere vil saksøkte "gå fri". Man kan heller ikke se bort fra det faktum at det for dem som finnes erstatningsansvarlige, tross alt foreligger en høy grad av sannsynlighetsovervekt for at de *har* forvoldt vedkommende skade. Og for å opprettholde en viss effektivitet i rettsapparatet, må man nok godta en slik marginal feilmargin.⁶⁰ Til sist kan det vel også sies at "mannen i gata" neppe har inngående kjennskap til reglene om beviskrav. Tap i erstatningssaken forblir derfor tap i erstatningssaken og således en indikator på straffeskyld, uavhengig av hvorvidt beviskravet var høyt eller lavt.

Som vi ser er det hensynet til saksøkte som ligger bak begge sidene av drøftelsen. Spørsmålet er hvilket beviskrav som gir ham best beskyttelse – overvektsprinsippet, eller et strengere beviskrav. Etter mitt syn taler de beste grunner for å fravike overvektsprinsippet slik rettspraksis har lagt føringer for.

2.3.3 Bevissikringshensynet

Det kan hende at en av partene i en rettstvist har hatt bedre anledning og kanskje større oppfordring enn den andre til å sikre bevismidler som kunne ha brakt på det rene hva som egentlig har skjedd. Det har vært hevdet, både i rettspraksis og teori, at dette kan begrunne

⁵⁸ Hov 1999 I s. 267.

⁵⁹ Det forutsettes at ordningen som den er i dag skal/bør opprettholdes. En diskusjon rundt dette kan jeg av plassmessige grunner ikke begi meg ut på.

⁶⁰ Dette godtas som vi har sett også i straffesaker. Feilmarginen er imidlertid mindre der, da beviskravet er enda høyere enn i slike sivile saker vi her har for øyet.

unntak fra overvektsprinsippet, med den følge at fremstillingen til den som har vært i nevnte situasjon må ha større sannsynlighet for seg for å bli lagt til grunn, enn motpartens.

Begrunnelsen for dette synspunktet er for det første at vedkommende til en viss grad kan være å bebreide. For det annet er det anført at man ved en slik regel kan påvirke folk til å sikre bevismidler for sine påstander.

Når man søker å redegjøre for hvilke momenter som bør tilsi at overvektsprinsippet fravikes, må det tas hensyn til om de også kan utgjøre bevismidler i bevisbedømmelsen. Jeg tar igjen for meg eksemplet som nevnt ovenfor, for å belyse hva jeg sikter til.

Jon hevder at Helge skylder ham penger, noe sistnevnte bestrider. La oss tenke oss at grunnen til Helges innsigelse er at han mener han aldri har satt seg i gjeld til Jon. Jon har som kjent ingen skriftlig avtale eller lignende å vise til.

Etter prinsippet om den frie bevisbedømmelse vil den relative vekten av de bevismidler som foreligger, bero på dommerens subjektive overbevisning. Forklaringene må veies opp mot hverandre. Det kan imidlertid ikke være tvilsomt at fraværet av skriftlig avtale etter omstendighetene også kan tillegges en viss vekt. Vekten vil bero bla. på hvor stort kravet er, og hvordan det påstås oppstått. Er det tale om et lån på kr. 1 000 000,-, virker det naturlig å anse fraværet av skriftlig avtale som et indisium som trekker i retning av Helges fremstilling. Man kan si det har formodningen mot seg at noen låner ut kr. 1 000 000,- uten å nedfelle en skriftlig låneavtale. Fraværet av skriftlig avtale er altså et moment i bevisbedømmelsen som taler i Helges favør.⁶¹

Som anført er det dog også hevdet at bevissikringshensyn kan ha betydning for hvilket beviskrav som skal legges til grunn.⁶² Isolert sett virker det da også som en naturlig løsning å skjerpe beviskravet til saksøker, der denne hadde oppfordring og mulighet til å sikre seg ved skriftlig avtale. Saksøkte vil jo da frifinnes så lenge saksøker ikke oppfyller gjeldende beviskrav. Det irrasjonelle i dette viser seg imidlertid når man ser bevisbedømmelse og

⁶¹ At bevissikringshensyn kan vektlegges i bevisbedømmelsen, anføres også av Per Augdahl note 2) på side 96. Han nevner imidlertid ikke det problemet som tas opp her.

⁶² Per Augdahl s. 96, Skoghøy s. 668, Hov 1999 I (dog under tvil).

beviskravsspørsmålet i sammenheng. Resultatet blir jo at bevissikringshensynet vektlegges to ganger. Vi går tilbake til eksemplet.

Under bevisbedømmelsen viser Jons *forklaring* seg å være meget mer sannsynlig enn Helges. Holdes forklaringene alene opp mot hverandre, synes faktum A å ha nærmere 80 % sannsynlighet for seg. Fraværet av skriftlig avtale trekker imidlertid i retning av faktum B. Vi tenker oss at faktum A har 60 % sannsynlighet for seg når alle bevismidler er tatt i betraktning. I følge overvektsprinsippet skulle dermed Jon få medhold i sitt krav. Men fraværet av skriftlig avtale skal også tillegges betydning som beviskravsmoment. La oss si at faktum A derfor må ha 70 % sannsynlighet for seg for å kunne bygges på. I så fall skal *faktum B* legges til grunn, til tross for at det er det minst sannsynlige.

Det som her egentlig skjer er at én spesiell del av bevismaterialet skjæres ut og vektlegges to ganger – både ved bevisbedømmelsen og ved beviskravsvurderingen. Jeg har vanskelig for å se hvilke hensyn som skulle rettferdiggjøre dette.

Man må således gjøre seg opp en mening om hva hensynet til at skriftlig avtale ikke foreligger skal reserveres som – bevismiddel eller beviskravsmoment. Dette fordrer ikke en lengre drøftelse all den tid prinsippet om fri bevisbedømmelse rår. Man kan ikke hindre dommeren i å tillegge momenter bevisverdi, så lenge han holder seg innenfor de grensene tvml. 183 setter. Den eneste muligheten blir da å avskrive bevissikringshensynet som moment i beviskravsvurderingen.⁶³

I drøftelsen ovenfor er det forutsatt at fraværet av skriftlig avtale har vekt som bevismiddel. Men hva om dette ikke er tilfelle? Sett at lånet Jon og Helge krangler om er av en bagatellmessig størrelse, eller sett at omstendighetene rundt avtaleinngåelsen ikke tilsa at skriftlig nedtegning var naturlig? I så fall vil man ikke kunne slutte noe som helst om faktum ut fra bevismidlet. Kan bevissikringshensynet da komme inn som moment i beviskravsvurderingen?

⁶³ Eckhoff s. 88 oppstiller problemet og ser ut til å innta samme stilling som meg. Hov 1999 I s. 251 henviser til Eckhoff, men trekker i avsnittet i petit løsningen i tvil uten å konkludere.

Bevissikringshensynet vil nok miste mye av sin vekt som beviskravsmoment når det ikke samtidig trekker i noen retning som bevismiddel. Dersom det ut fra omstendighetene ville vært unaturlig for Jon å sørge for å få avtalen nedtegnet, virker det urimelig at momentet allikevel kan føre til at Helges fremstilling skal legges til grunn, til tross for at Jons er mest sannsynlig. Man måtte eventuelt begrunne det med at en slik regel ville påvirke folk til å sikre bevismidler for sine påstander. Hvor meget man ved hjelp av beviskravsregler kan styre folks atferd er imidlertid tvilsomt.⁶⁴

I Rt. 1990 s. 688 nevnes riktig nok at bevissikringshensynet kan ha en viss vekt. Et forsikringsselskap nektet å utbetale erstatning i forbindelse med et biluhell. Forsikrede hadde i forbindelse med samme biluhell blitt frifunnet i straffesak for promillekjøring, noe som skulle tilsi at beviskravet i erstatningssaken var "klar sannsynlighetsovervekt".⁶⁵ Spørsmålet i denne forbindelse var hvorvidt hensynet til at bilføreren var nærmest å bringe på det rene hva som faktisk hadde skjedd skulle medføre lemping av dette utgangspunktet. Det presiseres imidlertid på side 691: "Jeg finner imidlertid grunn til å understreke at en slik betraktning har sine klare begrensninger. Den forutsetter således at forsikringstakeren er meget å bebreide for sin forsømmelse. Og det er tvilsomt hvor langt betraktningen gir grunnlag for å gå i retning av å lempe på beviskravene. Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på disse spørsmål på det generelle plan, men går over til å se på den foreliggende sak." Hensynet ble som vi ser tillagt liten vekt.

En litt annen synsvinkel må anlegges dersom spørsmålet er om bevissikringshensynet i slike tilfeller allikevel kan ha betydning som *bevisbyrdemoment* – dvs. der dommeren er i absolutt tvil om hva som har hendt. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 4.3.4.

⁶⁴ Se nærmere Hov 1999 s. 268-269, og punkt 4.2.1.2.2.

⁶⁵ Jf punkt 2.3.2.

3 Bevisbedømmelsen

3.1 Oversikt

Bevisbedømmelsen innebærer som vi husker at retten, ut i fra hva som kan sluttet av det enkelte bevismiddel, vektet mot de andre foreliggende bevismidler, kan trekke slutninger om hvor sannsynlig et påstått faktum er. Til forskjell fra hvordan bevisbedømmelsen vanligvis er behandlet i teorien, tror jeg det kan være opplysende å trekke linjer til systemet med legal bevisbedømmelse. Som nevnt opererte man da med forhåndsgraderte bevismidler. Ett vitne var ingenting verdt, mens to var som ti. Tilståelsen/innrømmelsen ble ansett som bevismidlenes dronning osv. Slik ble bevisbedømmelsen rimelig grei. På grunn av bevismidlenes faste gradering, kunne dommeren holde bevismidlene opp mot hverandre og raskt konkludere med hvem av partene som måtte gis medhold.

Under vårt prosesssystem, med prinsippet om fri bevisbedømmelse, er logikken grunnleggende lik. Forskjellen er at det beror på dommerens konkrete skjønn, hvilken "gradering" det enkelte bevismiddel skal gis. Graderingen omtales gjerne i ord som gjenspeiler sannsynlighetsgrader (godgjort, åpenbart eller lignende) eller i prosent, da bevismidlets vekt, nå som før, er relativ ut i fra hvilke andre bevismidler som foreligger.

3.2 Svakheter ved det enkelte bevismiddel

Et resultat av systemet med legal bevisbedømmelse var at dommeren eksempelvis måtte legge to vitners utsagn til grunn (forutsatt at ingen *bedre* bevismidler forelå) selv om han var overbevist om at de løy. Svakheten med ordningen er åpenbar. Men til tross for bred enighet om at fri bevisbedømmelse var et skritt i riktig retning, forvansker prinsippet bevisbedømmelsen betraktelig. Dette kommer ikke frem i pengekravseksempelet.

Bevismiddelsituasjonen er sjelden så ukomplisert. Det kan foreligge mange vitner med delvis motstridende forklaringer, reelle bevismidler av forskjellig karakter og lignende. Til bevismidlene kan det dessuten hefte svakheter. Vitner husker kanskje ikke helt hva som skjedde, eller unnlater kanskje å fortelle hva de husker for å oppnå et eller annet. Det må også tas i betraktning at hukommelsen er selektiv. Hjernen fungerer ikke som en databank der

minner kan trekkes frem upåvirket av alt man har opplevd i ettertid. Når en skal gjenfortelle noe en har vært vitne til, er ikke bildet nødvendigvis det samme.⁶⁶

Ethvert sanseinntrykk tolkes videre ut i fra ens egen referanseramme. Man setter sine opplevelser inn i en sammenheng basert på erfaring for å kunne forstå dem. Dette gjør at man bevisst eller ubevisst vil gjøre seg opp en formening om hvordan Jon ser ut, dersom han beskrives med utsagnet: "han ser ut som en forbryter". På samme måte vil man i større eller mindre grad identifisere seg med eller ta avstand fra de aktører man konfronteres med. Psykologiske forsøk har avdekket at man oppfatter situasjoner forskjellig, bl.a. ut i fra hvordan aktørene ser ut. Fullstendig objektiv kan man derfor aldri bli, være seg som vitne eller dommer. Det er derfor meget viktig at man iallfall er seg denne tendensen bevisst.

3.3 Abstrakt og konkret sannsynlighet. Hypotetiske (alternative) hendelsesforløp

Bevismidlene fungerer som indikatorer på hvor stor sannsynlighet som foreligger for et gitt hendelsesforløp. Men bevismidlene kan ikke bare vurderes isolert. De må holdes opp mot det totale bevismiddelmaterialiet. I denne forbindelse er det viktig å skille mellom abstrakt (statistisk) og konkret sannsynlighet. Den abstrakte sannsynligheten for å bli truffet av lynet er meget liten. Finner man derimot et omkommet menneske sterkt forbrant på et åpent jorde, kan den konkrete sannsynligheten for at et lynnedslag var årsaken være meget stor.

Grunnen til at den konkrete sannsynligheten øker i et tilfelle som dette, er at dødsfallet og skadene må ha en årsak. Bevismidlene (at personen var forbrant og at han befant seg på et åpent jorde) tilsier at lynnedslag kan være ett mulig hendelsesforløp. Bevismidlene er *forenlige* med lynnedslaget som årsak. Samtidig begrenser de muligheten for andre hypotetiske hendelsesforløp. Skulle det imidlertid komme for dagen at vedkommende døde på et tidspunkt da det var sol og blå himmel i det relevante området, og at han var koblet til et meget tungt kriminelt miljø, vil den konkrete sannsynligheten for lyn som dødsårsak være lik null.⁶⁷

⁶⁶ Se nærmere Hov 1999 I kapittel 10 IX, med videre henvisninger til Magnussen og Oveskeid, LoR 1998 s. 387.

⁶⁷ En parallell kan trekkes til Liland-saken, der rettsmedisinske feilslutninger førte til at Per Liland ble uskyldig dømt for drap. Når saken ble gjenopptatt konkluderte fire professorer med at drapet måtte ha skjedd på et tidspunkt som utelukket Liland som gjerningsmann.

Det kan derfor ikke sies noe om den konkrete sannsynligheten for dette eller hint, før man har vurdert eventuelle alternative hendelsesforløp. Man må alltid søke å kartlegge alle mulige hendelsesforløp og ikke la seg begrense av tilsynelatende "sikre" bevismidler.⁶⁸ Pål Mitsems artikkel "Kan vi stole på legene?" i Aftenposten 15. april 2004, vitner om at det i rettspraksis har vært syndet mot dette, både innenlands og utenlands.⁶⁹

⁶⁸ Hov 1999 I s. 256, gir uttrykk for at dette ikke ble gjort i P-pilledom I (Rt. 1974 s. 1160).

⁶⁹ Artikkelen er å finne på www.aftenposten.no.

4 Bevisbyrden

4.1 Problemstillingen

Som anført under punkt 1.2.3 løser ikke overvektsprinsippet spørsmålet om hva dommeren skal legge til grunn dersom han er i absolutt tvil. Sakens utfall vil da bero på reglene om bevisbyrden.⁷⁰ Problemstillingen er med andre ord hvem av sakens parter som skal bære risikoen for bevisbedømmelsens negative resultat.

I juridisk litteratur er det gjennom *bevisbyrdeteorier* tatt til orde for forskjellige regler å løse det problem "absolutt tvil" oppstiller. Før jeg kan ta fatt på problemstillingen, er det derfor nødvendig med en nærmere gjennomgang av de bevisbyrdeteorier som fortsatt har sine talsmenn, etter at overvektsprinsippet har slått igjennom. Det er etter min mening forsvarlig å dele disse bevisbyrdeteoriene opp i tre grupper, som jeg i det følgende vil referere til som henholdsvis Per Augdahl, Skoghøy og Eckhoff.⁷¹

Når jeg har gjort rede for de forskjellige teoriene, vil jeg se på om rettspraksis eller lovbestemmelser kan påberopes til støtte for en bestemt av disse.⁷² Hvorvidt teoriene bare er preget av rent terminologiske forskjeller, eller om forskjellene også kan innvirke på realiteten, altså at valget av teori kan ha betydning for hvilket faktum som skal legges til grunn i en konkret sak, drøfter jeg under punkt 4.2.6. Deretter vil jeg ta stilling til hvilken betraktningssmåte *jeg* mener har mest for seg.⁷³

⁷⁰ Det forutsettes således at spørsmålet om hvilket faktum det skal bygges på er avgjørende for saksutfallet.

⁷¹ Da Per Augdahls og Eckhoffs teorier fortsatt har tilhengere, vil jeg behandle dem i "presens", til tross for at forfatterne ikke lenger er med oss.

⁷² De lege lata.

⁷³ De lege ferenda.

4.2 Bevisbyrdeteorier

4.2.1 Per Augdahl⁷⁴

Per Augdahls definisjon av begrepet bevisbyrde er i det store og hele sammenfallende med den regelgivende definisjonen jeg gav under punkt 1.2.3. Av hans meningsfeller kan særlig nevnes Hans M. Michelsen.

Per Augdahl introduserte begrepene "absolutt" og "relativ" uvisshet eller tvil. Begrepene er fortsatt å finne i flere sivilprosessuelle fremstillinger,⁷⁵ og de er nøkkelord for å forstå bevisbyrdeteorien. Utgangspunktet er overvektsprinsippet. I alle de tilfeller saken kan avgjøres ut i fra denne regelen, uten at han finner ett alternativ som 100 % sikkert (man har i så fall ikke med tvil å gjøre), befinner han seg i såkalt *relativ tvil*. Den relative tvilen kan altså variere sterkt.

Foreligger det ikke grunnlag for å fravike overvektsprinsippet, samtidig som dommeren sitter igjen med følelsen av at to fremstillinger av faktum er like sannsynlige, har man med absolutt tvil å gjøre. Resultatet av bevisbedømmelsens kan, som ovenfor, karakteriseres *negativt*.⁷⁶

Bevisbedømmelse er imidlertid ingen nøyaktig "vitenskap". Å reservere den absolutte tvil til 50 % punktet på skalaen er ikke mulig, da man ikke kan si når man befinner seg presis på denne terskelen. Michelsen anfører derfor at absolutt tvil er et *relativt* begrep. Med det mener han at absolutt tvil må gis anvendelse på et noe større felt midt på sannsynlighetsskalaen. På samme måte som man ikke kan knytte absolutt tvil til 50 % punktet, er det imidlertid vanskelig å si noe bestemt om hvor grensene for dette feltet går.

Grunnen til at Per Augdahl skiller mellom absolutt og relativ tvil, er at forskjellige regler skal komme til anvendelse alt etter som hvilken bås man befinner seg i. Sagt med terminologien som benyttes i denne oppgaven, må man se hen til reglene om beviskravet ved relativ tvil. Finner dommeren at faktum A er mer sannsynlig enn faktum B, beror sakens utfall på om sannsynligheten for A er høy nok til å tilfredsstille det beviskravet som anses å gjelde i den

⁷⁴ I det følgende vises det generelt til Per Augdahl kapittel 14, og Michelsen kapitlene 32-36

⁷⁵ Se bl.a. Michelsen s. 212, Skoghøy s. 658.

⁷⁶ Per Augdahl legger altså det samme som jeg, i "absolutt tvil".

konkrete saken. Befinner dommeren seg i derimot i absolutt tvil, beror avgjørelsen på reglene om bevisbyrden.

4.2.1.1. Bevisbyrdereglens virkefelt

Skillet mellom absolutt og relativ tvil gir sterke føringer på bevisbyrdereglens virkefelt. Et kort historisk tilbakeblikk kan her være nyttig:

Odin Augdahl hadde følgende syn på når bevisbyrdereglene skulle komme til anvendelse:⁷⁷

”Den part hvis anførsel ikke godtas og hvem som følge derav den rettslige avgjørelse går imot, når et omtvistet punkt i den faktiske sakssammenheng ikke blir *oppklart*, sies å ha bevisbyrden med hensyn til vedkommende punkt. Hvilken anførsel skal nu dommeren i sådanne tilfeller forkaste? Hvem skal han med andre ord la uklarheten gå utover? Det er dette som er bevisbyrdeproblemet” (min utheving).

Som vi ser legger Odin Augdahl i og for seg det samme i bevisbyrde som Per Augdahl og Michelsen. Bevisbyrdereglene ble gitt en subsidiær rolle; de skulle bare anvendes dersom bevisbedømmelsen ikke strakk til. En viktig forutsetning for reglenes anvendelse er imidlertid annerledes. Odin Augdahl var jo forkjemper for et generelt og strengt beviskrav.⁷⁸ Når han i teksten inntatt ovenfor skriver at bevisbyrdereglene skal tas i betraktning dersom faktum ikke blir ”oppklart”, menes enhver situasjon hvor dette strenge beviskravet ikke ble oppfylt. Således ble bevisbyrdereglene gitt et vidt virkefelt på sannsynlighetsskalaen.

I dag er imidlertid overvektsprinsippet utgangspunktet. Dette tilsier at de aller fleste saker, rettere sagt enhver sak hvor det foreligger relativ tvil, vil bli avgjort på bakgrunn av beviskravsreglene.

4.2.1.2 Fordelingen av bevisbyrden

Scenarioet er altså at dommeren har slått fast at det ikke er grunnlag for å gjøre unntak fra overvektsprinsippet og at faktum A og B fremstår som like sannsynlige (absolutt tvil). Sakens utfall beror således på hvem som har bevisbyrden.

⁷⁷ Odin Augdahl s. 5

Også før Per Augdahls tid ble det gitt svært avvikende begrunnelser for hvem bevisbyrden skulle påhvile. En gjennomgående tendens var likevel å forsøke å oppstille en allmenngyldig regel som skulle sørge for at det mest sannsynlige hendelsesforløp ble lagt til grunn i flest mulige saker. Inntil siste halvdel av 1900 – tallet var et generelt strengt beviskrav en forutsetning for disse teoriene. Var dette beviskravet ikke oppfylt, skulle dommeren i stedet for å legge det konkret mest sannsynlige til grunn, falle tilbake på mer objektive bevisbyrderegler som sikret *generell* sannsynlighet.⁷⁹ Bevisbyrden skulle med andre ord legges på den hvis fremstilling av faktum etter livets alminnelige regel var minst sannsynlig, til tross for at dette faktum i den konkrete saken var "konkret" mest sannsynlig.

Per Augdahl tar avstand fra dette teoretiske utgangspunktet. Han mener derimot at bevisbyrden må fordeles på bakgrunn av reelle hensyn i den konkrete sak. Disse hensynene vil i det følgende bli kalt *bevisbyrdemomenter*.

4.2.1.2.1 Konsekvenser av uriktig dom

Hensynet til at konsekvensene av uriktig dom i én retning kan være en så meget større personlig tragedie enn uriktig dom i motsatt retning, kan tilsi at bevisbyrden bør legges på den av partene som tar det "lettest". Vi ser at momentet tilsvarer det som ble behandlet under punkt 2.3.2. Hensynet bør i følge Per Augdahl ikke bare kunne tale for å gjøre unntak fra overvektsprinsippet, men også kunne ha betydning for fordelingen av bevisbyrden. For øvrig viser jeg til behandlingen av hensynet i nevnte punkt.

4.2.1.2.2 Subjektiv bebreidelse

Vi forandrer litt på eksemplet vårt. Sett at Jon krever Helge for penger i henhold til en låneavtale dem i mellom. Avtalen er nedfelt skriftlig og sier at Helge plikter å låne Jon kr. 1 000 000,- rentefritt og uten sikkerhet. Helge hevder seg ubundet i henhold til avtl. § 30. Forutsatt at det er på det rene at Jon i forbindelse med avtaleinngåelsen har opptrådt svikaktig, blir spørsmålet om avtalen er "fremkaldt" ved svik. Er dommeren i absolutt tvil om dette, kan man si at det er bedre at denne uvissheten går utover den som har oppført seg svikaktig, enn

⁷⁸ Se punkt 2.2.

⁷⁹ Se punkt 2.2.1

den som har vært utsatt for svikaktig oppførsel. Jon vil således få en fortjent smekk på fingrene.

Det har dessuten vært anført at en slik bevisbyrderregel kan ha en viss oppdragende effekt. Hov er imidlertid kritisk til dette. Etter hans mening er det lite realistisk å tro at en slik regel kan ha noen nevneverdig betydning for hvordan folk oppfører seg. At man for eksempel er forsiktig når man koker kaffe i tørr skog "skyldes det først og fremst frykten for å pådra seg erstatningsansvar dersom det føres bevis for uaktsomhet [...]. En eventuell preventiv effekt vil altså først og fremst kunne føres tilbake til de *materielle* rettsregler."⁸⁰ Jeg er enig i dette synspunktet. Hensynet trekker uansett i retning av at saksøker pålegges bevisbyrden for uklarheten rundt vedkommende punkt.

4.2.1.2.3 Bevissikringshensyn

Også hensynet til at en part har hatt mulighet eller oppfordring til å sikre seg bevismidler for sitt krav, men latt være, er behandlet ovenfor som et moment i fastsettelsen av beviskravet. På samme måte som hensynet kan tale for å forhøye beviskravet i den enes disfavør (og samtidig senke det i den andres favør), mener Per Augdahl at hensynet kan tale for å fordele bevisbyrden mellom partene. Jeg nøyer meg med å vise til punkt 2.3.3.

4.2.1.2.4 Spekulasjon i usikker bevismiddelsituasjon

Det kan foreligge tilfeller der en av partene kan sies å ha hatt adgang til å spekulere i en usikker bevismiddelsituasjon. Typeeksemplet er jegeren som benytter seg av sin forfølgelsesrett på annen manns grunn, jf viltloven (viltl.)⁸¹ § 34,1. I så fall er synspunktet at jegeren har bevisbyrden for at byttet ble reist på "lovlig grunn", dvs på et område hvor han hadde jaktrett. Det springer en i øynene at momentet har nært slektskap til bevissikringshensynet. Forskjellen synes å være at den relevante parten ofte ikke vil ha hatt verken oppfordring eller mulighet til å sikre seg ved bevismiddel. Han kan imidlertid som oftest avstå fra handlingen.

Isolert sett kan dette synes lite rettferdig. Men man må ikke tape av syne hvilken subsidiær og tilbaketrukket rolle bevisbyrderreglene spiller ifølge Per Augdahl. Ytterst sjelden vil en dom

⁸⁰ Hov 1997 s. 440.

bli avgjort på dette grunnlag. Man må heller ikke glemme at dommeren må komme til en avgjørelse. Én av partene *må* gis medhold. Man står overfor spørsmålet om å velge det minste av to onder. Regelen vil dessuten motvirke ulovlig jakt utført i håp om at en kunne påstå at dyret var reist på egen grunn, i det tilfelle at man skulle bli oppdaget.

4.2.1.2.5 Den legislativt best begrunnede regel

Videre anses det som et moment i bevisbyrdevurderingen at dommeren ved absolutt tvil bør falle ned på det faktum som gjør at den best legislativt begrunnede rettsfølge kommer til anvendelse. Hvilken rettsfølge som er best legislativt begrunnet, vil si den rettsfølge som fra lovgivers synspunkt har mest for seg. Både Per Augdahl og Michelsen trekker frem det eksempel at " rettsfølgen *erstatningsplikt* i culpatilfelle er legislativt mer påkrevet enn rettsfølgen *erstatningsfrihet* er det når culpa ikke foreligger".⁸² Tanken er altså at når skaden, skadevolder, samt alle resterende erstatningsbetingelser er konstatert, bortsett fra kravet om uaktsomhet, tilsier bevisbyrderregelen at uklarhet rundt dette siste vilkåret bør gå i skadelidtes favør. Michelsen fremhever imidlertid at momentet er praktisk vanskelig anvendelig da det i høy grad blir tale om et skjønn.⁸³

4.2.1.2.6 Status quo - prinsippet

Dersom ingen av de ovenfor nevnte momentene foreligger, blir status quo – prinsippet avgjørende for hvem bevisbyrden skal pålegges. Status quo, betyr fritt oversatt *nåværende tilstand*. Har man ikke holdepunkter for annet, skal den rettsstilstand som faktisk er etablert, og som forsøkes endret av en av partene, opprettholdes.

Prinsippet begrunnes med at en uriktig *rettsendrende* dom generelt må sies å være et større onde for den det går utover, enn en uriktig dom som opprettholder den faktiske situasjon. I vårt eksempel taler dette i utgangspunktet for at Jon har bevisbyrden all den tid han ikke har noen avtale å vise til.

⁸¹ Lov av 29. mai 1981 nr. 38. Begrepet "bevisbyrde" benyttes i bestemmelsen.

⁸² Per Augdahl s. 98. Se også Michelsen s. 225 litra e).

⁸³ Michelsen s. 226.

4.2.1.3 Vektingen av bevisbyrdemomentene

Det kan hende det i en sak foreligger flere relevante og motstridende bevisbyrdemomenter. Dommeren må da på et vis veie disse opp mot hverandre, før han kan trekke en slutning om hvem bevisbyrden for det uklare faktum skal påligge. Om denne slutningsprosessen skriver ikke Per Augdahl eller Michelsen stort. Jeg kan imidlertid ikke se at denne prosessen skulle stille seg særlig annerledes enn den prosess dommeren vanligvis gjennomgår når han i andre rettslige drøftelser veier momenter opp mot hverandre, for så å konkludere i den ene eller den andre retning. Hvem dommeren til slutt velger å pålegge bevisbyrden, må derfor bero på en konkret helhetsvurdering, der alle relevante bevisbyrdemomenter er tatt i betraktning.

4.2.2 Skoghøy

Også Skoghøy opererer med et skille mellom beviskrav og bevisbyrde. Som han skriver på side 657 flg. :

" Regelen om at retten som utgangspunkt skal legge til grunn det alternativ som er mest sannsynlig, sier ikke noe om hvordan man skal løse tilfeller hvor det ikke er sannsynlighetsovervekt for noen av alternativene ("absolutt tvil"). Situasjonen er altså den at det ene alternativ er like sannsynlig som det andre, og at sannsynligheten for de to alternativene etter at bevisvurderingen er avsluttet, ligger og "vipper" rundt 50/50 punktet."

Bevisbyrdefordelingen reserveres, i likhet med Per Augdahl, til de situasjoner der resultatet av bevisbedømmelsen er negativt. Synet på bevisbyrdereglenes virkefelt er også det samme, da Skoghøy er enig i at "absolutt tvil" må gis et noe større nedslagsfelt på sannsynlighetsskalaen enn nøyaktig på 50/50 punktet, jf Skoghøy s. 660.

4.2.2.1 Fordelingen av bevisbyrden

Skoghøy anlegger et annet utgangspunkt for fordelingen av bevisbyrden enn Per Augdahl. Avgjørende for om en part skal pålegges bevisbyrden, beror på om han anfører et *rettsstiftende* / *rettsendrende* eller *rettsbevarende* alternativ. I vårt eksempel er i utgangspunktet Jons pengekrav det rettsstiftende alternativ, mens Helges innsigelse er det rettsbevarende alternativ, forutsatt at førstnevnte ikke har noen avtale å vise til. *Har* han det, er kravet om oppfyllelse av avtalen det rettsbevarende alternativ. Beror Helges innsigelse på at

avtalen skal anses ugyldig, basert på en etterfølgende ugyldighetsgrunn, er innsigelsen det rettsendrende alternativ.

Det er den part som hevder at det er inntrådt en rettsstiftende eller rettsendrende omstendighet, som i følge Skoghøy har bevisbyrden. Som vi ser bygger denne regelen på status quo – prinsippet, se punkt 4.2.1.2.6.

Et par ord bør sies om Skoghøys begrepsbruk før vi går videre. At han opprettholder skillet mellom beviskravs – og bevisbyrdespørsmålet, kan nemlig være litt vanskelig å oppfatte. På side 658 skriver han for eksempel:

"Er det [absolutt] tvil om hvorvidt en avtale som er inngått, er beheftet med en ugyldighetsgrunn [...], må det foreligge sannsynlighetsovervekt for at dette er tilfelle, for at det skal kunne legges til grunn."

Og lenger ned samme side:

"... det må foreligge sannsynlighetsovervekt for det rettsstiftende eller rettsendrende alternativ..."

Det kan virke som om bevisbyrdereglene (slik han oppfatter dem) regulerer *beviskravet*, og ikke bevisbyrden – med det innhold *jeg* legger i begrepene. Slik jeg forstår Skoghøy, er dette imidlertid ikke meningen. Her må man holde tungen rett i munnen. Vi forutsetter at overvektsprinsippet ikke skal fravikes i en konkret sak. Resultatet av bevisbedømmelsen er negativt – absolutt uvisshet rundt faktum i saken foreligger. Bevisbyrdereglene skal i så fall komme oss til unnsetning, og fortelle oss hvem uklarheten skal gå utover. Er dette Jon, vil det jo imidlertid si det samme som at hans fremstilling må være overveiende sannsynlig for å kunne bli lagt til grunn. Helges fremstilling kan derimot bli lagt til grunn selv uten å ha sannsynlighetsovervekt for seg, nemlig der alternativene fremstår som like sannsynlige. Men med en gang Helges fremstilling er den *minst* sannsynlige, skal Jons alternativ legges til grunn. Som vi ser har vi ikke med et unntak fra overvektsprinsippet å gjøre. Så lenge man sonderer mellom absolutt og relativ tvil, opprettholdes skillet mellom beviskravsproblemet og bevisbyrdeproblemet, jf mine regelgivende definisjoner under punkt 1.2.

4.2.2.2 Omvendt bevisbyrde

Skoghøys utgangspunkt for fordeling av bevisbyrden, beror som nevnt på status quo – prinsippet. I visse sammenhenger kan imidlertid visse hensyn begrunne unntak fra dette. Det vil i så fall si at det ved absolutt uvisshet skal bygges på det rettsstiftende eller rettsendrende alternativ, og ikke det rettsbevarende, slik prinsippet skulle tilsi. Man har i så fall å gjøre med det Skoghøy legger i begrepet *omvendt bevisbyrde*.

Lovbestemmelser som oppstiller omvendt bevisbyrde, er først og fremst å finne i lover om kontraktsforhold. Skoghøy viser til flere lovbestemmelser,⁸⁴ bl.a. håndverkertjenesteloven (hvtjl.)⁸⁵ § 28,3 som hitsettes:

"(3) For skade på annet enn den ting eller eiendomsdel tjenesten gjelder eller på annet enn noe som har nær og direkte sammenheng med det tingen eller eiendomsdelen forutsettes brukt til, kan forbrukeren kreve erstatning med mindre *tjenesteyteren* godtgjør at tapet ikke skyldes feil eller forsømmelse på tjenesteyterens side" (min uthevning).

I følge status quo – prinsippet, skulle bevisbyrden i dette tilfelle påligge forbrukeren, da det er denne som hevder et rettsstiftende alternativ, nemlig at ansvarsgrunnlag for erstatning foreligger. Skoghøy anfører imidlertid at bestemmelsen gir uttrykk for at bevisbyrden er snudd, til fordel for forbrukeren. Han mener bestemmelsen må tolkes slik at erstatningsansvar vil bli lagt til grunn, så lenge det motsatte ikke sannsynliggjøres. Dommerens eventuelle absolutte tvil vil dermed gå i forbrukerens favør, i motsetning til hva som ville følge av status quo – prinsippet.

Etter mitt skjønn kan man imidlertid spørre seg om bestemmelsen sier noe som helst om hvem som har bevisbyrden, slik jeg (og for så vidt også Skoghøy) bruker begrepet. I det avsnittet Skoghøy omtaler bestemmelsen, forstår han "godtgjør" på samme måte som "antas", eller "sannsynlig",⁸⁶ jf Skoghøy s. 659:

⁸⁴ Skoghøy s. 659.

⁸⁵ Lov av 16. juni 1989 nr. 63.

⁸⁶ Dvs. det samme som jeg legger i overveiende sannsynlig.

" Etter disse bestemmelsene er den kontraktspart som har misligholdt en kontraktsrettslig forpliktelse, erstatningsansvarlig for skade som måtte inntre, såfremt det ikke blir *sannsynliggjort* at skaden ikke skyldes feil eller forsømmelse av ham selv eller noen han svarer for".

Men betyr dette at bestemmelsen således regulerer bevisbyrden? Jeg skal prøve å forklare hvilke tanker jeg tror Skoghøy her har gjort seg. Han mener at det i utgangspunktet må kreves sannsynlighetsovervekt for det rettsstiftende eller rettsendrende alternativ. Som nevnt ovenfor, vil dette si det samme som at absolutt tvil går i disfavør av den som påberoper seg en slik omstendighet. Det følger i så fall av Skoghøys regelgivende definisjoner, at når en lovbestemmelse sier det motsatte, at det er det *rettsbevarende* alternativ som må sannsynliggjøres, vil det si at bevisbyrden er snudd.

Etter min mening hopper han imidlertid over en forutsetning han selv har satt opp. Som vi har sett opererer også han med et skille mellom det som i denne fremstillingen kalles beviskrav og bevisbyrde. Bevisbyrdereglene gis en subsidiær rolle, og skal kun tas i betraktning dersom absolutt tvil oppstår *og ikke løses av beviskravsreglene*. Sagt på en annen måte: dersom beviskravet er 75 % for den ene parten, trenger ikke dommeren ty til bevisbyrdereglene i det fall han finner begge alternativer like sannsynlige.

På samme måten blir det når beviskravet er enten strengere eller mildere, all den tid det er ujevnt fordelt mellom partene. Og i hvtjl. § 28,3 er det mildere. Erstatningsansvar skal legges til grunn, så lenge det motsatte ikke sannsynliggjøres. Vipper dommeren her på 50/50 punktet, trenger han derfor ikke å skjenke bevisbyrdereglene en tanke. Problemet løses allerede ved hjelp av beviskravet.⁸⁷

Det må presiseres at ikke alle de lovbestemmelsene Skoghøy henviser til som eksempler på omvendt bevisbyrde, er likt utformet. Sjøloven⁸⁸ (sjøl.) § 421, 4 sier som følger:

⁸⁷ Derimot kan man kanskje si at hvtjl. § 28,3 oppstiller et *omvendt beviskrav*. Dette gir mening dersom man opererer med en hovedregelen om å pålegge motsatte part (forbrukeren) et beviskrav som fraviker overvektsprinsippet.

⁸⁸ Lov av 24. juni 1994 nr. 39.

"Ved forsinkelse har bortfrakteren bevisbyrden for at tapet ikke skyldes feil eller forsømmelse som bortfrakteren svarer for"

Skoghøy oppfatter selv bestemmelsen i den retning at den ikke oppstiller noe unntak fra overvektsprinsippet, men kun regulerer hvem absolutt tvil skal gå utover.⁸⁹ Med denne forutsetningen, er jeg enig i at *denne* bestemmelsen oppstiller det Skoghøy legger i omvendt bevisbyrde.

Skoghøy tar for øvrig til orde for at bevisbyrden kan snus også i andre tilfeller enn når det følger av slike lovbestemmelser som nevnt. Blant annet kan slike synspunkter som omtales under punkt 4.2.1.2.2 (subjektiv bebreidelse) tale for å snu bevisbyrden. Det forutsetter imidlertid at det er tale om sterkt klanderverdige forhold, og at "de spørsmål som i tilfelle skal avgjøres på grunnlag av omvendt bevisbyrde, står i saklig sammenheng med det klanderverdige forhold som foreligger".⁹⁰

4.2.3 Eckhoff

I 1943 la Torstein Eckhoff i boken "Tvilrisikoen" frem en teori som har vist seg å få flere tilhengere med årene. Inntil da hadde alle norske teoretikere (så vidt meg bekjent), tross all uenighet, operert med det nevnte skillet mellom beviskrav og bevisbyrde. Dette skillet ville Eckhoff til livs. Slik han så det var "sondringen mellom bevisbyrdeproblemet og spørsmålet om bevisets styrke [beviskravet] ikke heldig. Det er de samme hensyn som bør være avgjørende for løsningen av begge spørsmål".⁹¹ Han mente derfor at begge vurderinger burde slås sammen til én problemstilling: Hvilken grad av sannsynlighet må det være for en faktisk anførsel for å kunne legge den til grunn? Eckhoff benyttet terminologien *tvilrisiko*. Spørsmålet var hvorledes tvilrisikoen skulle fordeles mellom partene.⁹²

En av konsekvensen av denne sammenslåingen er at man ved absolutt tvil ikke vil ha et subsidiært regelsett å falle tilbake på. Dette var også Eckhoff klar over. Men han mente at dette argumentet ikke veide opp for de ulempene skillet brakte med seg. For det første

⁸⁹ Skoghøy s. 664.

⁹⁰ Skoghøy s. 659.

⁹¹ Eckhoff s. 16

foreligger det positive lovbestemmelser som høyner kravet til sannsynlighet, og således løser problemet der de kommer til anvendelse. At to fremstillinger av faktum synes like sannsynlige, oppstiller jo ikke noe problem dersom loven krever kvalifisert sannsynlighetsovervekt for den ene. For det annet er dommerens stilling hva gjelder tvilsomme *rettsspørsmål* i prinsippet lik. Kan dommeren finne frem til en løsning her, burde han sakens også klare det ved et tvilsomt faktum. Slik Eckhoff så det, ga det ikke mening å si at det ene var uforsvarlig, men det andre ikke. For det tredje antok han at slike tilfeller av absolutt tvil uansett forekom ytterst sjelden.⁹³

Hans siste, og for ham selv avgjørende argument,⁹⁴ skal vi gå litt nærmere inn på. Det går ut på at slike "grensetilfelle hvor dommeren vil være i den ytterste tvil om resultatet, ikke kan unngås, uansett hvilken ordning vi har. Det går ikke an å skaffe tvilen ut av verden ved å bestemme hva løsningen skal bli i tvilstilfelle."⁹⁵ Problemet vil bare bli forskjøvet. For det første vil det oppstå spørsmål om hvor grensen skal trekkes mellom når en er i tvil og når en ikke er i tvil. For det annet vil man heller ikke ved et slikt system bli kvitt tvil knyttet til om beviskravet *tilstrekkelig godtgjort* eller liknende er oppfylt eller ikke.⁹⁶ Kjernen i kritikken er altså at man ikke kan systematisere seg vekk fra tvil. Man kan like godt ta fatt i problemet først som sist.

4.2.3.1 Fordeling av tvilsrisikoen

Ifølge Eckhoff, er det altså ikke rom for noen subsidiær bevisbyrdevurdering. Er dommeren i tvil om faktum A eller B er det riktige, må han se hen til hvor meget sannsynlighet som må foreligge for de alternative fakta, og om dette kravet er oppfylt. Er han i absolutt tvil, "fikk han etter Eckhoffs oppfatning rett og slett se til å bestemme seg".⁹⁷ "Det er ingen fare for at en dommer vil oppføre seg som det esel *Buridan* forteller om, som sto midt mellom to knipper

⁹² Av dagens teoretikere opprettholdes Eckhoffs tvilsrisikobetraktninger bl.a. av Jo Hov og Tore Schei, jf. Bratholm/Hov s. 287 og Schei II s. 12-13. 2. utgave av Scheis to bøker har vært utlånt fra biblioteket hele oppgaveperioden. Hans synspunkter i denne forbindelse varierer imidlertid ikke mellom de to utgavene.

⁹³ Som vi husker fra punkt 2.2.2, tok også Eckhoff utgangspunkt i overvektsprinsippet.

⁹⁴ Eckhoff s. 66.

⁹⁵ Eckhoff s. 66.

⁹⁶ Dette er det nærmeste jeg kan se noen har vært spørsmålet om bevisbyrdereglene kan få anvendelse på "absolutt tvil" på hele sannsynlighetsskalaen. At ikke Eckhoff, eller noen av hans meningsfeller, forfølger problemet er dog mer forståelig enn at andre ikke har gjort det, tatt i betraktning hans syn på bevisbyrderegler.

⁹⁷ Hov 1999 s. 263, jf. Eckhoff s. 64-66.

høy, begge like store og like fristende, og som døde av sult fordi det ikke kunne bestemmes hvilket knippe det skulle velge".

Hvordan skal så tvilsrisikoen fordeles? Kort sagt, slås de momentene som under punkt 2.3 taler for å gjøre unntak fra overvektsprinsippet, sammen med de momentene som under punkt 4.2.1.2 tilsier hvem bevisbyrden skal påligge.⁹⁸ Vurderingen av tvilsrisikoens fordeling blir som vi ser lik vurderingen av hvilket beviskrav som gjelder, dog med den forskjell at flere momenter skal tas i betraktning. Da overvektsprinsippet også er Eckhoffs utgangspunkt, vil tvilsrisikoen i utgangspunktet fordeles *jevnt* mellom partene. Er det grunn til å gjøre unntak fra overvektsprinsippet, skal tvilsrisikoen fordeles *ujevnt*.

4.3 Rettspraksis

Problemstillingen i dette avsnittet er om rettspraksis har "valgt side" i spørsmålet om hvilken bevisbyrdeteori som har mest for seg, og således om en av teoriene kan sies å være "gjeldende rett". I juridiske tekster er det imidlertid ofte anført at rettspraksis spiller en beskjeden rolle som rettskilde i denne sammenheng.⁹⁹ Som en av de få, påberoper Michelsen seg rettspraksis til støtte for sin forståelse av bevisbyrdereglene.¹⁰⁰ Etter selv å ha lett blant høyesterettsdommer på Lovdata, under søkeordene "bevisbyrde", "beviskrav", "tvilsrisiko" og "sannsynlighetsovervekt", sitter jeg igjen med følelsen av at verken begrepsbruk eller meningsinnhold er konsekvent.¹⁰¹ De to første høyesterettsdommene omtalt nedenfor synes å opprettholde det skillet jeg anlegger mellom beviskrav og bevisbyrde, mens den tredje synes å legge Eckhoffs betraktning til grunn.¹⁰² For øvrig vil vi se at begrepsbruken skifter, selv om meningsinnholdet er det samme.

Rt. 2001 s.769 gjaldt en tvist om beiterett for rein. Av interesse for vårt vedkommende er følgende uttalelse på side 788, angående fortolkning av reindriftsloven¹⁰³ (reintl.) § 2,1,3:¹⁰⁴

⁹⁸ "De hensyn som etter [Per] Augdahls oppfatning kan tale for å pålegge den ene eller den annen part bevisbyrden når det først er på det rene at bevisbyrdereglene skal komme til anvendelse, tar altså Eckhoff i betraktning ved avgjørelsen av hvor stor sannsynlighet som må kreves for at et faktum skal legges til grunn", Bratholm/Hov s. 297.

⁹⁹ Bl.a. Bratholm/Hov s. 289, Eckhoff s. 34 flg.

¹⁰⁰ Michelsen s. 219

¹⁰¹ Søket gav så mange treff at det av tids- og plassmessige grunner ikke ville latt seg gjøre å foreta et mer omfattende studium av rettspraksis for en oppgave som denne.

¹⁰² Dommene er utvalgt med den forutsetning at de førstvoterende (så vidt meg bekjent) ikke har forfattet juridiske fremstillinger om bevisbyrderegler.

¹⁰³ Lov av 9. juni 1978 nr. 45.

"Det er uheldig at ordlyden ikke gir uttrykk for bestemmelsens reelle innhold, men den må forstås slik at den pålegger grunneierne en *bevisbyrde* i reinbeiteområdene. *Beviskravet* er imidlertid ikke strengere enn at det kreves sannsynlighetsovervekt for at bruken ikke har hatt et tilstrekkelig omfang til at arealet er lovlig reindriftsareal." (mine uthevninger).

Høyesterett kommer (enstemmig på dette punkt) frem til denne forståelsen av bestemmelsen på bakgrunn av forarbeidene, bl.a. uttalte saksordføreren, jf Forh. O. (1995 – 96) side 179:

"Eg oppfattar og har forstått denne regelen slik at den berre kjem til bruk dersom det er like truleg at beiterett gjeld, som at den ikkje gjeld."

Etter dette kan det slås fast at førstvoterende legger det samme i *bevisbyrde* og *beviskrav* som jeg. Da bevisbyrden pålegger grunneierne, må deres fremstilling av faktum sannsynliggjøres. Et negativt resultat av bevisbedømmelsen vil gå i grunneiernes disfavør.

I Rt. 2001 s. 320 refereres en sak hvor en mann gradvis utviklet flere sykdomssymptomer etter en bilulykke. Spørsmålet var om det forelå adekvat årsakssammenheng mellom ulykken og mannens invaliditet. Av interesse for vår del står det på side 329 flg.:

"Det er i rettspraksis lagt til grunn at spørsmålet om det foreligger årsakssammenheng, må avgjøres ut fra hva som finnes mest sannsynlig, og *hvis det er tvil om dette*, må *tvilsrisikoen* påhvile skadelidte. Dette gjelder ikke bare i forhold til spørsmålet om ulykken har bidratt til utvikling av skaden, men må som utgangspunkt også gjelde i forhold til spørsmålet om bidraget fra ulykken har vært nødvendig for at skaden skulle inntre. Dersom det fra den som ansvar blir rettet mot, blir hevdet at hvis ulykken ikke hadde inntruffet, ville skade ha inntrådt av en annen årsak, må imidlertid tvilsrisikoen for den alternative skadeutvikling gå over på denne, såfremt den alternative skadeårsak ikke har noe med den aktuelle ulykke å gjøre, se for eksempel Rt-1984-466 , Rt-1996-1718 , Rt-1997-883 , Rt-1998-186 og Rt-1999-1473

¹⁰⁴ I reinv. § 2,1, 3 heter det: De utmarkstrekninger (jf, § 11) som inngår i reinbeiteområdene, er å anse som lovlig reindriftsareal med slike særlige rettigheter og plikter som nevnt i første punktum, med mindre annet følger av særlige rettsforhold.

(Stokke-dommen). Men heller ikke i denne relasjon kan det stilles *kvalifiserte beviskrav*. Det er tilstrekkelig at det foreligger sannsynlighetsovervekt." (mine uthevninger).

I denne dommen skilles det også klart mellom beviskrav og bevisbyrde. Beviskravet for årsakssammenheng er i samsvar med overvektsprinsippet ("avgjøres ut fra hva som finnes mest sannsynlig"). Er det imidlertid "tvil om dette [dvs. absolutt tvil], må tvilsrisikoen påhvile skadelidte". Høyesterett benytter Eckhoffs terminologi (tvilsrisiko), men legger som vi ser det samme i begrepet tvilsrisiko, som i denne oppgaven legges i *bevisbyrde*. Dette kommer klart frem, siden denne siste vurderingen (tvilsrisikovurderingen) presiseres å være subsidiær i forhold til beviskravsvurderingen. Dette viser hvordan det legges forskjellig meningsinnhold i begrepene, og at man derfor bør være forsiktig med å slutte noe som helst ut fra begreper i seg selv. At *beviskrav* benyttes på samme måte i dommen som i oppgaven, kommer frem nederst i avsnittet, jf "*kvalifisert beviskrav*".

Den siste høyesterettsdommen som skal omtales i denne forbindelse, er gjengitt i Rt. 1996 s. 1401. Saken gjaldt et krav om erstatning som følge av påstått usaklig oppsigelse. Ett av spørsmålene som var oppe, var om det forelå nødvendig sannsynlighetsovervekt for om arbeidsgiverens påståtte oppsigelsesgrunnlag hadde vært motiverende for oppsigelsen. Om dette skriver førstvoterende:

"Jeg er enig med ankemotparten i at Autronica [arbeidsgiveren] da har *en relativt streng bevisbyrde* for at dette forholdet likevel har vært motiverende for oppsigelsen. Jeg ser det som klart at denne *bevisbyrden ikke er oppfylt*, og viser blant annet til forklaringen fra direktør Knutsen i Autronica i bevisopptaket for Høyesterett, der han sa at Thorbjørn Thomassens ansettelse i Helge Laget AS ikke var et moment man la vekt på ved oppsigelsen. - Jeg ser altså bort fra dette som saklig grunn for oppsigelsen allerede fordi det ikke er *godtgjort* at det har vært motiverende" (mine uthevninger).

"[S]treng bevisbyrde" kunne for så vidt forstås på den måten at flere momenter taler (eller må tale) for at dommerens absolutte tvil skal gå i én av partenes favør. At flere bevisbyrdemomenter må tale for å legge til grunn den ene partens påberopte faktum, kunne kanskje ha sin årsak i at andre bevisbyrdemomenter gikk motsatte vei. Ut fra sammenhengen i domsutsnittet, går det imidlertid frem at det ikke er slik "streng bevisbyrde" er ment. I siste

setning forklarer jo dommeren hva han legger i uttrykket. At arbeidsgiveren her har en streng bevisbyrde, betyr at det må være "godtgjort" at oppsigelsesgrunnen var motiverende. Denne bevisbyrden ble ikke ansett oppfylt.

Slik bevisbyrdebegrepet defineres i dommen, avviker det fra min regelgivende definisjon. Det ligger derimot nærmere min regelgivende definisjon av *beviskrav*. Men jeg benytter sistnevnte begrep i snever forstand, i den betydning at bevisbyrderegler kan komme subsidiært til anvendelse ved absolutt tvil. Om førstvoterende på samme måte sonderer mellom absolutt og relativ tvil, er ikke mulig å lese ut av avsnittet. Når man imidlertid har tatt skrittet mot å bruke begrepet *bevisbyrde* om hvilken sannsynlighet som er påkrevet for å legge et faktum til grunn, tror jeg allikevel man kan si formodningen er for at man legger i *bevisbyrde*, det Eckhoff mener med *tvilsrisiko*.

Denne korte gjennomgangen gir et visst inntrykk av at rettspraksis ikke gir god veiledning når man prøver å finne ut av meningsinnholdet i begrepene beviskrav og bevisbyrde. I tillegg kommer som nevnt under punkt 2.2.3, at retten sjelden uttaler seg om reglene i det hele tatt. I stedet slås bare fast at vedkommende faktum *anses bevist*, eller *sannsynliggjort*, eller kort og godt *legges til grunn*.

4.4 Lovbestemmelser

Begrepet *bevisbyrde* kommer sjelden til uttrykk i loven. Allerede av denne grunn vil loven gi liten veiledning. En slik bestemmelse gir uansett ikke uttrykk for *hva* som menes med begrepet. Her som ellers, beror det nærmere meningsinnholdet på konkret lovtolkning. Problemet er imidlertid at teoriene rundt beviskrav og bevisbyrde er såpass likartede at det nok vil være vanskelig å slå fast hvilken betraktningssmåte lovgiveren hadde i tankene. Skoghøy hevder for eksempel at "[b]estemmelsene i sjøloven § 285 tredje ledd og § 421 er [...] naturlig å oppfatte slik at de bare angir hvem som har bevisbyrden i tilfeller hvor det ene alternativ fremstår som like sannsynlig som det andre ("absolutt tvil").¹⁰⁵ Hov mener derimot at "der loven uttrykkelig slår fast at den ene eller den andre parten "har bevisbyrden" for noe [...] f. eks. [...]sjøl. § 285 (2) 2. pkt. [...] må bety at det kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, men også mindre enn full sikkerhet".¹⁰⁶ Da jeg ser det som lite

¹⁰⁵ Skoghøy s. 664.

¹⁰⁶ Hov 1999 s. 270.

fruktbart å trekke denne diskusjonen videre, lar jeg det ligge med dette. Gjeldende rett kan således heller ikke utledes av lovbestemmelser.

4.5 Er forskjellene mellom bevisbyrdeteorierne kun av teoretisk interesse?

Før en gir seg i kast med å vurdere de forskjellige teoriene opp mot hverandre, er det et poeng å stadfeste om forskjellene også er av betydning for realiteten, eller om det alene er et spørsmål om terminologi.

De forskjellige teoriene fremsatt under punkt 4.2 bygger alle på samme utgangspunkt – nemlig overvektsprinsippet. Som nevnt kan man vel gå ut i fra at de aller fleste saker avgjøres etter dette kriteriet. Slik jeg definerer bevisbyrdebegrepet, gis bevisbyrdereglene derfor en meget tilbaketrukket rolle. De kommer kun til anvendelse ved absolutt tvil. Faste regler om hvem den absolutte tvil skal gå utover, utgjør da motstykket til det som følger av Eckhoffs teori. I henhold til sistnevnte har dommeren som sagt bare å bestemme seg.

Dette synes å tale for at det iallfall er begrenset *hvor ofte* teoriene kan føre til reelle forskjeller i resultatet. Men da glemmer man en vesentlig ting. Eckhoff og Hov ser jo ikke på *bevisbyrdemomentene* som irrelevante. Tvert i mot – de mener momentene skal puttes i samme sekk som *beviskravmomentene*. Og da beviskravet naturligvis må fastsettes ved de fleste rettsvister, kommer *bevisbyrdemomentene* i betraktning langt oftere enn hva de vil gjøre i følge Per Augdahl. Vi tar igjen for oss eksemplet vårt:

Jon krever tilbakebetaling av saksøkte (faktum A), men har ikke noen skriftlig låneavtale å vise til. Vi forutsetter at den fraværende avtalen ikke er noe indisium på at pengene ikke er lånt ut. Finner dommeren faktum A mest sannsynlig, skal Jon gis medhold ifølge Per Augdahl og Skoghøy. Det mest sannsynlige skal legges til grunn, da det ikke foreligger grunner til å gjøre unntak fra overvektsprinsippet.

Eckhoff og Hov mener derimot at bevissikringshensynet (at Jon ikke har fått avtalen nedtegnet) kan ha betydning for hvilket beviskrav som skal anses gjelde. At fraværet av skriftlig avtale ikke er et indisium under bevisbedømmelsen, kan neppe ha den *automatiske* effekt at det mister all relevans i beviskravsvurderingen. Dessuten skal også status – quo prinsippet tas i betraktning. I så fall *kan* utfallet i særlige tilfeller bli et annet – i dette tilfellet

at faktum B legges til grunn dersom dommeren mener hensynene hever beviskravet for faktum A *mer* enn hvor mye mer sannsynlig han finner faktum A enn faktum B.

Den betraktningsmåte Eckhoff legger opp til, synes å måtte føre til at overvektsprinsippet fravikes oftere. I en og samme sak kan det derfor skje at det mest sannsynlige skal legges til grunn etter én teori, mens det etter en annen kreves en høyere grad av sannsynlighet for ett alternativ. Det kan etter min mening ikke være tvilsomt at dette *kan* ha betydning for hvilket faktum dommeren til slutt faller ned på, så lenge teoriene faktisk følges. Det samme må gjelde der dommeren er i absolutt tvil og enten, med Eckhoff bare må bestemme seg, eller lar avgjørelsen bero på nærmere bestemte bevisbyrdemomenter.

Man skal allikevel ikke nedprioritere betydningen av å anvende den teorien som har mest for seg terminologisk og pedagogisk. Som nevnt under punkt 1.4 vil beviskravs – og bevisbyrdereglene ha betydning ved enhver rettsanvendelse hvor faktum er uklart. At man derfor benytter en terminologi som er forståelig, og et regelsett som er enklest mulig å sette seg inn i ved hjelp av en best mulig betraktningsmåte, har derfor en egen verdi.

4.6 Hvilken bevisbyrdeteori er å foretrekke?

4.6.1 Oversikt

Hovedproblemstillingen for denne oppgaven er som vi husker: hva skal dommeren legge til grunn dersom han er i tvil om hva som faktisk er hendt? Under punkt 2.2.2 kom vi frem til at de beste grunner taler for at overvektsprinsippet må være utgangspunktet. Prinsippet gir ikke bare den beste garanti for riktig resultat, men tilkjennegir også at målet for retten er å bygge på det som faktisk har skjedd.

Men så oppstår problemet: hva gjør dommeren dersom han er i absolutt tvil? To alternativer er mulige.¹⁰⁷ Enten så kan man behandle situasjonen som et grensetilfelle av de uendelig mange tvilsmuligheter som kan forekomme, slik at overvektsprinsippet fortsatt blir avgjørende.

Dommeren blir i så fall tvunget til å tenke igjennom saken nok en gang, for så og til slutt rett og slett bestemme seg. Han *plikter* på en måte å gjøre seg opp en mening om hva som er mest

¹⁰⁷ Jeg avgrenser mot den mulighet å ty til loddrekning eller deling av tvistegjenstanden. Begge mulighetene er for så vidt godtatte avgjørelsesmetoder innen for visse livsområder, men å avgjøre rettsspørsmål på denne måten ville nok stride mot den alminnelige rettsoppfatning.

sannsynlig. Virker alternativene like sannsynlige, har han bare ikke tenkt lenge eller godt nok. En annen mulighet er å behandle absolutt uvisshet som en egen kategori, med egne regler om hvordan tvilsspørsmålet skal avgjøres. Begge fremgangsmåter er ikke bare mulige, men benyttes side om side av domstolene i dag, jf punkt 4.2.4.

Eckhoff foretrekker som vi har sett første alternativ, mens Per Augdahl og Skoghøy heller mot siste. Problemstillingen blir følgelig å finne ut av hva som er å foretrekke.¹⁰⁸

4.6.2 Bevisbyrdereglene muliggjør avgjørelse, sikrer stabilitet og hindrer vilkårlighet
Overvektsprinsippet skulle per definisjon tilsi at absolutt tvil må løses på annet grunnlag. For hvordan kan man ellers fatte en avgjørelse dersom to gjensidig utelukkende alternativer er like sannsynlige? Som Eckhoff er inne på, vil dette først og fremst bero på hva man mener med *like sannsynlige*.¹⁰⁹ Fremtrer de to mulighetene som nøyaktig like sannsynlige, eller bare som omtrent like sannsynlige?

I sistnevnte tilfelle gir overvektsprinsippet fortsatt svar. Fremstiller alternativene seg derimot som nøyaktig like sannsynlige, vil overvektsprinsippet ikke gi grunnlag for avgjørelse. Eckhoff synes imidlertid å mene at slike situasjoner neppe kan forekomme. Dette begrunner han ikke med at to alternativer objektivt sett aldri kan fremstå som like sannsynlige, men med følgende empiriske betraktning: Den "motivasjonsprosess som foregår hvor to muligheter synes å ha like (eller omtrent like) meget for seg er vel som regel preget av visse svingninger. Mens man sitter og tenker gjennom spørsmålet, og betraktninger for og mot etter tur trer frem i bevisstheten, vil snart den ene og snart den andre mulighet fremstille seg som den mest nærliggende".¹¹⁰ Tanken er at dommeren på et tidspunkt vil stanse opp, og velge det alternativ som der og da synes å ha mest for seg.

Det avgjørende blir dermed om domsutfallet bør styres etter dommerens *svingende* overbevisning, eller mer faste regler. Selv har jeg vanskelig for å forstå at saksutfallet etter førstnevnte fremgangsmåte vil kunne bero på annet enn rene gjetninger. Er den beskrivelse

¹⁰⁸ Jeg forutsetter i det følgende at bevismaterialet blir like godt uansett hvilken betraktning som anlegges.

¹⁰⁹ Eckhoff R&R s. 176.

¹¹⁰ Eckhoff R&R s. 176.

Eckhoff gir av dommerens tankeprosess dekkende, vil utfallet i stor grad være prisdelt den enkelte dommers tålmodighet og sinnsstemning.¹¹¹

Et problem med faste bevisbyrderegler, er imidlertid den subjektive frihet som rår under bevisbedømmelsen. Da dommere kun er mennesker, og mennesker er forskjellige, vil jo allerede vurderingen av de bevismidlene som foreligger kunne ende forskjellig opp, alt etter som hvem som sitter i dommersetet. Én finner kanskje A sannsynliggjort, mens en annen finner A like sannsynlig som B. I så fall kan det virke fåfengt å stille opp regler som skal sikre riktig, eller rimeligst resultat, når selve grunnlaget er rent subjektivt.

På den annen side. Dersom en dommer som er usikker på om han befinner seg i absolutt tvil eller ikke, strander på *ikke*, vil han legge det han mener er mest sannsynlig til grunn. Dette er alle enige om er til det beste. Faller han ned på motsatt resultat, vil utfallet bero på de bevisbyrdemomenter som foreligger i saken. Det er da en stor mulighet for at uriktig faktum blir lagt til grunn, men denne muligheten er jo stor uansett hvilket regelsett man følger. Som Eckhoff påpekte, kan man ikke systematisere seg vekk fra tvil. Men dersom avgjørelsen bygger på bevisbyrderegler, er iallfall visse hensyn ivaretatt; hensyn som til en viss grad kanskje kan rettferdiggjøre den eventualitet at galt faktum blir lagt til grunn. Dommerens absolutte tvil blir en slags *buffer* mot de mest urimelige resultater. I mine øyne virker dette som en bedre løsning enn at dommeren henvises til rene gjetninger.

4.6.3 Per Augdahl eller Skoghøy?

I forrige punkt konkluderte jeg med at det er mest hensiktsmessig å opprettholde skillet mellom beviskravsvurderingen og bevisbyrddevurderingen. Problemstillingen for det følgende blir dermed om man, som utgangspunkt for fordelingen av bevisbyrden, skal anlegge en slik generell betraktningssmåte som Skoghøy, der status – quo hensynet råder, eller om man med Per Augdahls skole skal se hen til de reelle hensyn som foreligger i den konkrete sak.

Skoghøys teori virker enkel og oversiktlig. Bevisbyrden skal som hovedregel ligge på den som krever det rettsendrende alternativ. Som regel vil det være lett konstaterbart hvem av partene det er som krever dette. Unntak (omvendt bevisbyrde) kan minske de uheldige

¹¹¹ En slik prosess som Eckhoff beskriver, der det ene, så det andre virker mest sannsynlig, fremstår for meg som så godt som en definisjon av absolutt tvil.

konsekvenser hovedregelen eventuelt ville medført. Skoghøys teori ivaretar tilsynelatende *forutberegnelighet* på en god måte.

Skoghøys teori har imidlertid klare likhetstrekk med slike allmenngyldige begrunnelser som tidligere teoretikere oppsatte som grunnlag for bevisbyrdelæren. Og mot disse har det blitt anført meget og velbegrunnet kritikk av bl.a. Per Augdahl, H. M. Michelsen, og særlig Eckhoff.¹¹² Man skal dog være klar over at kritikken forutsatte et videre virkefelt for bevisbyrdereglene enn hva Skoghøy anlegger.¹¹³

For det første vil det variere hvem som kan sies å representere det rettsendrende eller rettsstiftende alternativ. Sett at Helge påstår seg ubundet av avtalen med Jon, med den begrunnelse at den lider av en *etterfølgende* ugyldighetsgrunn. I så fall er det Helge som har bevisbyrden, da hans påstand er at en i utgangspunktet gyldig avtale (en eksisterende rett) skal settes til side (den eksisterende retten skal endres). Påberoper derimot Helge seg en *opprinnelig* ugyldighetsgrunn, har Jon bevisbyrden. Nå hevder jo Helge at avtale aldri er kommet i stand. Således er det Jon som representerer det rettsstiftende alternativ. Skal Skoghøys teori stå seg, må denne tilsynelatende tilfeldige variasjonen kunne forsvares. All den tid teorien har sin begrunnelse i status quo – hensynet, synes dette vanskelig. I begge situasjoner har jo avtalen i en viss tid faktisk eksistert. Ut fra en status quo betraktning, burde derfor den som krever avtalen satt til side (dvs Helge) pålegges bevisbyrden, uavhengig av hvilke rettslige anførsler som føres i marken. Variasjonen medfører således vilkårlighet, noe som utgjør en svakhet med teorien.

For det annet vil det i noen saker ikke føre noen vei å se hen til hvem som anfører det rettsstiftende – og hvem som anfører det rettsbevarende alternativ. Jon og Helge er for eksempel enige i at avtale er inngått, men strides om dens nærmere innhold.¹¹⁴ Skoghøys bevisbyrdeteori gir ingen veiledning her.

¹¹² P. Augdahl TfR 1942 s. 215 – 219, Michelsen s. 223 – 224, Eckhoff s. 47 flg. og s. 133 flg.

¹¹³ Skoghøy forutsetter som vi husker at bevisbyrdereglene bare kommer til anvendelse når dommeren er i absolutt tvil. De tidligere teoretikere mente derimot at de fikk anvendelse i ethvert tilfelle dommeren ikke var *sikker* på hva som faktisk hadde skjedd.

¹¹⁴ Vi forutsetter at rettslig interesse i å få prøvet forholdet foreligger.

For det tredje er etter mitt syn bevisbyrdereglenes snevre virkefelt også et argument *mot* Skoghøys teori. Som nevnt ovenfor vil jo teorien, om ikke annet, ivareta hensynet til forutberegnelighet i de aller fleste tilfeller. Tatt i betraktning hvor sjeldent en sak avgjøres ut i fra bevisbyrderegler, kan man imidlertid spørre seg om hensynet i det hele tatt har noen vekt. Konkret rimelighet kan utgjøre en motsetning til forutberegnelighet. Da sistnevnte bør tillegges så liten vekt, vil derfor hensynet til konkret rimelighet slå enda tyngre inn. Og for å oppnå konkret rimelighet i de tilfeller der absolutt tvil gjør seg gjeldende, bør reelle hensyn være utslagsgivende for saksutfallet. De beste grunner taler etter dette for det utgangspunkt Per Augdahl anlegger.

4.6.4 Beviskravsmomenter versus bevisbyrdemomenter

Konklusjonen under forrige punkt bringer oss til oppgavens siste, men meget sentrale problemstilling: hvilke hensyn bør begrunne unntak fra overvektsprinsippet, og hvilke hensyn bør "bare" ha betydning for en den subsidiære bevisbyrdevurderingen? Det må i utgangspunktet kreves sterkere grunner for å forhøye beviskravet, enn å fordele bevisbyrden. Faktum A står jo da i fare for ikke å bli lagt til grunn, til tross for at det fremstår som mer sannsynlig enn faktum B. Ved bevisbyrdevurderingen er situasjonen en annen. Dommeren synes alternativene er akkurat like sannsynlige, men *må* treffe en avgjørelse. Her å ty til hensyn som ikke er sterke nok til å styre beviskravet, må være forsvarlig. Svaret må bero på følgende: hvilke type hensyn er det tale om, og hvor stor vekt skal de tillegges?

Visse hensyn må på grunn av sin art, uten videre anses irrelevante under begge vurderinger. Partenes økonomiske stilling, yrke, bosted o.l. er eksempler på slike. Det er ikke underlagt domstolene å utjevne slike samfunnsmessige forskjeller. På den annen side er det flere typer hensyn som kan være relevante både som beviskravs - og bevisbyrdemoment. Eksempler på sånne er bl.a. hvilke forskjellige personlige konsekvenser en uriktig dom vil ha for partene, at én av partene kan bebreides for sin handlemåte eller at han har unnlatt å sikre bevismidler som kunne opplyst saken. Det presiseres at de samme momentene ikke kan komme i betraktning under begge vurderinger *i samme sak*. Tilsier ett eller flere hensyn at overvektsprinsippet skal fravikes, vil det ikke bli aktuelt med et subsidiær bevisbyrdespørsmål. Absolutt tvil forutsetter

jo at overvektsprinsippet *ikke* er fraveket. Man må derfor bestemme seg for hvor momentet skal henregnes.¹¹⁵

Etter min mening vil det være fullstendig forfeilet å forsøke å systematisere hvilke hensyn som hører til hvor på generelt grunnlag. Til det er livets mangfoldighet alt for stor.

Avgjørelsen må derimot i det store og hele bero på dommerens subjektive vurdering. Finner han at et relevant hensyn bør tillegges meget stor vekt i en konkret sak, kan det kanskje være grunnlag for å la det spille inn på hvilket beviskrav som må anses nødvendig. Men her som ellers må han naturligvis se hen til hva som kan utledes om beviskravet av andre relevante rettskildefaktorer. Synes han derimot at samme art hensyn, i en annen sak, av forsvarlige grunner *ikke* bør ha samme betydning for beviskravet, må han spørre seg om hensynet kan være relevant som bevisbyrdemoment.

Selv om mer allmenngyldige retningslinjer ikke kan oppstilles, presiserer jeg at det etter min mening bør kreves solide grunner for å fravike overvektsprinsippet. Prinsippet har ikke bare sitt grunnlag i at det gir den beste garanti for riktig resultat i den enkelte sak, men også at det generelt gir flere riktige enn uriktige avgjørelser, jf *de store talls lov*. Jo oftere det fravikes, dess mindre statistisk sannsynlighet vil det være for at man får flere riktige enn uriktige avgjørelser. Unntak øker faren for at det bygges på det *minst sannsynlige*, og motarbeider således målet om å materialisere retten.

¹¹⁵ Man kan for så vidt tenke seg at flere beviskravsmomenter trekker i forskjellige retninger, og at man derfor faller tilbake på overvektsprinsippet. I så fall oppveier momentene hverandre, og vil heller ikke kunne løse bevisbyrdefordelingen heller.

5 Konklusjon

Hovedproblemstillingen for oppgaven er hva dommeren skal legge til grunn dersom han er i tvil om hva som faktisk har skjedd. Som det forhåpentligvis har fremgått, er det ikke mulig å slå kontant fast hvordan gjeldende rett er å forstå. Følgende fremgangsmåte synes derimot å ha mest for seg:

For det første må dommeren finne ut av hvor sannsynlig de alternative fremstillingene av faktum må fortone seg, for at han skal kunne legge dem til grunn (beviskravet).

Utgangspunktet er overvektsprinsippet, men unntak kan forekomme. Krever den ferdigtolkede rettsregel kvalifisert sannsynlighetsovervekt? Tilsier hensynet til en av partene at den andres fremstilling bør være mer enn overveiende sannsynlig?

Når beviskravet er oppstilt, blir neste spørsmål om tilstrekkelig sannsynlighetsovervekt foreligger i den konkrete saken. Dette vil bero på bevisbedømmelsen, hvor dommeren må bære i minne hvilke svakheter som kan hefte ved de forskjellige bevismidlene m.m.

Skulle imidlertid de alternative versjonene av faktum fremstille seg som mer eller mindre like sannsynlige, har bevisbedømmelsen sviktet. Faktum er for uklart til at dommeren kan fatte en avgjørelse ut i fra sin subjektive overbevisning av hva som er skjedd. Er det ikke grunnlag for å fravike overvektsprinsippet, må han ty til bevisbyrdereglene. Avgjørelsen vil da bero på en avveining av de relevante bevisbyrdemomenter som foreligger. Målet med bevisbyrdevurderingen er å finne ut av hvem av partene som er nærmest å bære risikoen for den uklarhet som foreligger. I hvilken retning vil rettsavgjørelsen, dersom den skulle bygge på uriktig faktisk grunnlag, utgjøre det minste ondet?

6 Litteraturliste

- Odin Augdahl - Augdahl, Odin, *Om bevisbyrden i tvistemål*, 1929
- Per Augdahl - Augdahl, Per, *Norsk Civilprosess*, 1961
- Per Augdahl TfR 1942 - Augdahl, Per, *anmeldelse av Stephan Hurwitz':
Tvistemaal. Hovedpunkter af dansk Civilprocesret i Domssager*,
Tidsskrift for Rettsvitenskap s. 211 - 224, 1942
- Bratholm/ Hov - Bratholm, Anders, *Sivil rettergang*, Anders Bratholm, Jo Hov,
1973
- Eckhoff - Eckhoff, Torstein, *Tvilsrisikoen*, 1943
- Eckhoff/Helgesen - Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen,
2001.
- Eckhoff R & R - Eckhoff, Torstein, *Rettferdighet og rettssikkerhet*, 1966
- Hov 1997 - Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, 1997
- Hov 1999 I - Hov, Jo, *Rettergang I*, 1999
- Michelsen - Michelsen, Hans M., *Sivilprosess*, 1999
- Næss - Næss, Arne, *En del elementære logiske emner*, 9. utg. 1961.
- Scheel - Scheel, Herman, *Grunntrekk av læren om bevisbyrden*, 1938
- Schei - Schei, Tore, *Tvistemålsloven med kommentarer*, bind II, utg.
1990
- Skoghøy - Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvistemål*, 2001